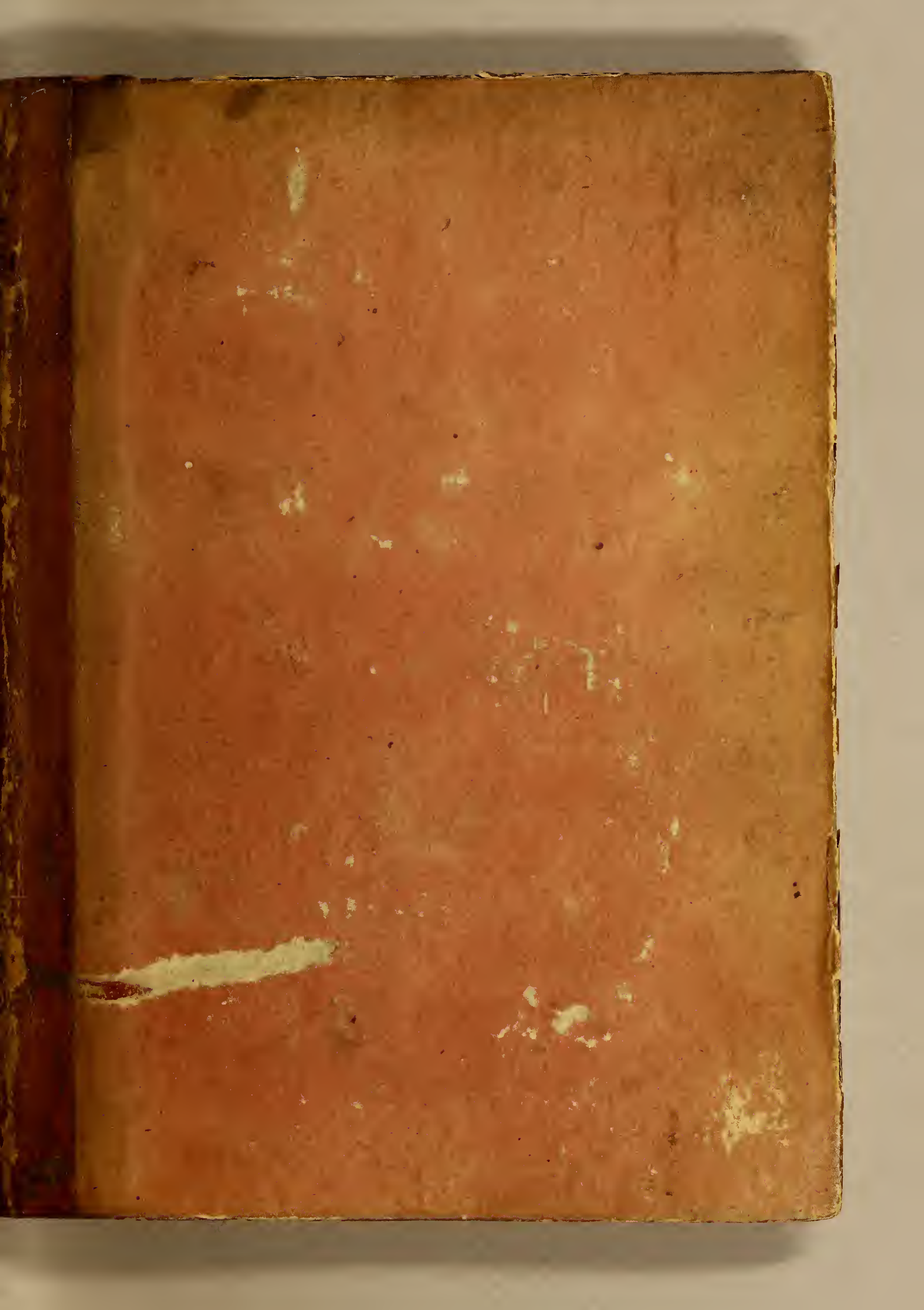
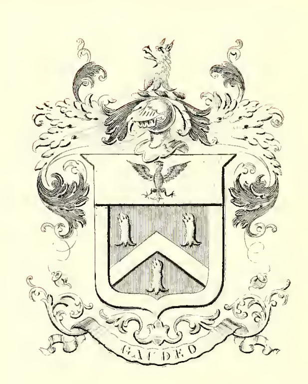




John Carter Brown
Library
Brown University

INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DOCTOR D. JOSE MARIA ALVAREZ,

CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA REAL Y PONTIFICIA UNIVERSIDAD DE GOATEMALA.

AUMENTADAS E ILUSTRADAS CON NOTAS,

ARREGLANDOSE LAS CITAS DE LAS LEYES A LA NOVISIMA RECOPILACION.

Vir bonus et prudens.................
....parum claris lucem dare coget:
Arguet ambigué dictum: mutanda notabit.
HORAT.—*De Art. Poet.*

TOMO II.

REIMPRESO EN LA HABANA.

IMPRENTA DEL GOBIERNO, CAPITANIA GENERAL Y REAL HACIENDA POR S. M.

1834.

LIBRO III.

De las instituciones de Derecho Real de Castilla y de Indias.

TITULO I. AL XIII.

De la sucesion ab intestato.

Habiendo tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad espresa del difunto declarada en el testamento, se sigue ahora tratar del órden con que se sucede por voluntad tácita ó presunta, cuando alguno muere intestado. (1)

Intestado se dice aquel *que ó no hizo testamento, ó no lo hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto.* (2) Veamos, pues, quiénes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural, que el fin é intencion de los que adquieren bienes, no es el dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe; (3) sino que desean que aprovechen, y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen. [*]

Fundados en este principio los legisladores, han puesto por fundamento de la sucesion ab intestato al *amor*; de suerte que en este supuesto deben ser próximos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados del difunto. Los filòsofos antiguos observaron, (4) que el amor baja primeramente: si no tiene donde bajar sube; y si ni aun por ahì tiene lugar, se estiende hácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia, que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad,

---

(1) Prólog. del tít. 13. Part. 6.
(2) L. 1. tit. 13. Part. 6.
(3) Heinn. lib. 1. de Iur. N. cap. 11. núm 295.
[*] En los padres para con sus hijos, y en éstos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mútua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.
(4) Aristót. Ethic. lib. 8. cap. 12.

que el amor de los padres hácia sus hijos escede tanto al de éstos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero: que *es mas fàcil que un padre sustente à veinte hijos, que no veinte hijos á un padre.*

Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion ab intestato. En el primer órden entran los descendientes; no habiendo éstos, se admiten en el segundo los ascendientes; y faltando aun éstos, siguen en el tercero los colaterales. (1) En defecto de todos tiene último lugar el fisco.

§. I.

De la sucesion de los descendientes.

Hemos dicho que en primer lugar son llamados á la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aquí todos aquellos que son hijos, ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza, ó por las leyes civiles. Tratarémos, pues, con distincion: 1º de la sucesion de los hijos legítimos: 2º de los legitimados: 3º de los adoptivos; y 4º de los ilegítimos.

De los hijos legítimos es regla general: que *todos suceden indistintamente á sus padres.* (2) No hay, pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero. como los del segundo y tercero &c. serán herederos; y así el nieto y biznieto son llamados á la herencia, con tal que no tengan padre que esté mas próximo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexo, y así las mugeres tambien son herederas de sus padres ab intestato. (3) Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó no, ni entre sucesion paterna ni materna. (4)

Aunque como va dicho, todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden ab intestato, con todo, no reciben todos igual porcion de la herencia, y asì, se deben distinguir tres casos. 1º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas,* (en latin *in capita*) esto es, se hacen tantas partes de la herencia, cuantos son los hijos que heredan: v. g., si un padre ó madre que tiene cuatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son del primer grado, y asì suceden por cabezas. 2.º *Si solo hay hijos de los demas grados, como*

---

(1) L. 2. tít. 13. Part. 6.
(2) L. 3. del mismo tít.
(3) Ley 3. ya citada.
(4) Ll. 3. tít. 7. y 3. tít. 13. Part. 6.

nietos ò biznietos, todos suceden por linage, (en latin *in stirpem*) esto es, vienen todos los hijos de cada padre á llevar la parte que le tocaria á él, y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages ò familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos, que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron ántes dejando cada uno dos hijos; entónces èstos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil á cada uno.

3° *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entónces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero, por linages* del modo que hemos esplicado ya. (1)

De esta suerte es la sucesion cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

Esto es por lo que hace á los hijos legítimos: síguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe. Si se ha hecho del primer modo, es regla general: que *los legitimados por subsiguiente matrimonio, suceden del mismo modo que los legítimos.* (2) Si la legitimacion es del segundo modo, esto es, por rescripto del Príncipe, se debe distinguir si es para el fin de suceder ó no: en este segundo caso no hay duda, que nada recibirán de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos; pero si hay otros hijos legìtimos, ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes. (3)

Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion como ya se ha dicho (4) puede hacerse, ò en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad real, ó en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez. (5) Cuando se hace del primer modo se llama *adrogacion*; y cuando del segundo, *adopcion propia.* Esto supuesto, el hijo adrogado, segun nuestro derecho, heredará del adrogante la cuarta parte de sus bienes,

---

(1) L. 3. tít. 13. Part. 6.

(2) Cap. 6. *Qui filii sint legit*, y ley 1. tít. 13. Part. 4. ley 10, tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. L. 7. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(3) Véase la citada ley 10. tít. 8. lib. 5 de la Rec. L. 7 cit.

(4) Lib. 1. tít. 11.

(5) L. 7. tit. 7. Part. 4.

y el adoptivo sucederá á su padre adoptante en todos, (1) siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren en nada les sucederán. (2)

Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos: éstos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espúrios. Los primeros, cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredarán las dos duodécimas partes de sus bienes, [*] que dividiràn con su madre; y no siendo estas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion á lo necesario para sus alimentos; (3) pero los espúrios ninguna cosa heredarán de su padre ab intestato, tenga ó no descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre, si los tiene, serán sus herederos los naturales ó espúrios que tenga, si no es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ò habidos de clérigo de òrden sagrado ó de fraile, ó por monja profesa, en cuyos casos son escluidos de toda sucesion. (4) La razon de esta diferencia, que hace el derecho entre el padre y la madre es, porque esta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

§. II.

De la sucesion de los ascendientes.

Hemos dicho arriba, que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y así sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es recíproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos, pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

1.ª *En la sucesion ab intestato los ascendientes mas cercanos escluyen á los mas remotos; y siendo de una misma línea, dividen entre si la herencia por cabezas, y si de distintas la dividen por lìneas:* (5) y así, v. g., muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente serán herederos, y nada percibirán los segundos; y

---

(1) Ll. 8. 9. y 10. tít. 16. Part. 4.

(2) Ll. 5. tít. 6. lib. 3. y 1. y 5. tít. 22. lib. 4. del Fuero Real.

[*] Segun la ley 8. tít. 8. lib. 5. de Cast. L. 6. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec los ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida, ó dejarles por muerte en razon de alimentos, Febr. reform. Part. 1. cap 5. § 1. núm. 70.

(3) L. 8. tít. 13. Part. 6.

(4) L. 7. tít. 8. lib. 5. de la Rec. L. 5. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(5) Ll 4. tít. 13. Part. 6. y la 1. tít. 8. lib. 5. de la Rec., que es la 6. de Toro. L. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

si concurrieren dos abuelos por una línea, y dos por la otra, partirán igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra que dividirán entre sí. Pero si concurren solamente uno por una línea, y dos por la otra no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredarà la mitad, y los dos la otra mitad. (1) [*]

2.ª *Cuando suceden los ascendientes, aunque haya tambien colaterales no concurren con ellos:* v. g., muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarán sus padres. (2) Y la razon es, porque la línea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

3.ª *Si los padres ó ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden los hijos naturales y espúrios á sus padres, madres y demas ascendientes.* (3) Pero de esta regla se esceptúan los adoptivos; pues de estos no son herederos ab intestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos. (4)

§. III.

De la sucesion de los colaterales ó transversales.

No habiendo descendientes ni ascendientes, se siguen, como ya hemos dicho, los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

1.ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres y sus hijos, esciuyen á todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in càpita, y los hijos de éstos in stirpes.* (5)

---

(1) L. 4. tít. 13. Part. 6.

[*] Se advierte que este modo de suceder no es ni *in capita*, ni *in stirpes*, sino por líneas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes habiéndolos de ámbas líneas; de suerte que aunque haya muchos por una línea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser, sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistamente la mitad para cada línea. Véase la ley 4 tít. 13. Part. 6. Si no es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su línea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dispone la ley 1. al fin tít. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 1 tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(2) L. 4. tít. 8. lib. 5 de la Rec. L. 2. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec. y es la 7 de Toro, que deroga la ley 4. tít. 13. Part. 6 que disponia lo contrario.

(3) L. 8. al fin tít. 13. Part. 6.

(4) L. 5. tít. 22. lib. 4 del Fuero Real.

(5) Ll. 5 tít. 8. lib. 5. de la Rec. y 5 tít. 13. Part. 6.

2.ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarán todos por cabezas y repartiràn con igualdad entre sì la herencia de su tio.* (1) La razon es, porque todos los sobrinos están en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, cuando está vivo algun hermano de éste, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serian escluidos por ser parientes mas remotos, y así solo en ese caso le tiene, y en él se estingue: mas cuando son solos sobrinos, falta el motivo y fomento para la representacion, por lo cual entran en su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

3.ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una lìnea, éstos llevarán toda la herencia; pero si los hubiere por ámbas, los que fueren hermanos por la lìnea paterna heredarán los bienes paternos, y los que fueren de parte de madre, heredaràn los maternos;* (2) *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria, arte ù oficio, ó de otro cualquier modo.* (3)

Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales, se debe entendèr cuando el parentezco es legítimo; pues si fuere, ó el difunto, ó el pariente, natural, se observarán estas reglas.

1.ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, serán sus herederos los hermanos que tenga hijos de la misma madre, y los hijos de éstos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente.* (4) La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre son dudosos.

2.ª *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte del padre, le serán herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legìtimo, éste solo serà preferente à todos.* (5)

3.ª *Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legìtimos, sino solo naturales, los heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serán escluidos.* (6)

---

(1) Ll. 5. tít. 13. Part. 6. y 13. tít. 6. lib. 3 del Fuero Real.
(2) Ll. 5. y 6. tít. 13. Part. 6.
(3) L. 6. tít. 13. Part. 6.
(4) L. 12. del mismo tít.
(5) En sentir de algunos preferirá aun á los hermanos por parte de madre. Véase la ley 12. tít. 13 Part. 6.
(6) Dicha ley 12. al fin.

La sucesion por línea transversal que hemos esplicado ya, no pasa el dia de hoy del cuarto grado; (1) [*] y así, los bienes del que no dejare parientes hasta dicho grado recaen en el fisco, (2) sin que tengan lugar ya la succesion de la muger al marido, ni de éste á su muger, pues no se hace mencion de ellos. (3) Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida que estendía esta sucesion hasta el décimo grado, y despues de él llamaba al marido á la herencia de la muger, y ésta á la del marido. [*]

Por lo que hace á los peregrinos que mueren sin testamento está dispuesto: que el juez del lugar en donde fallecieren, inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta á la real Audiencia del distrito para que disponga del resíduo entre sus consanguíneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco. (4)

Finalmente: aunque por derecho novìsimo á los religiosos de órdenes que pueden poseer bienes, les está permitido ser herederos por testamento; (5) se les prohibe espresamente suceder ab intestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto á su absoluta incapacidad personal, y repugnante á su so-

---

(1) Ll. 3. tít. 9., y 9. tít. 10. lib. 1. de la Rec. de Cast. L. 3. tít. 20. lib. 10., y 1. tít. 11. lib. 2 Nov. Rec. de las que se hace argumento para creer derogada la ley 6. tít. 13. Part. 6., que estendia la sucesion transversal hasta el décimo grado.

[*] Es dudoso si este cuarto grado se deberá contar por derecho canónico ó civil.

(2) Real instr. de 27 de nov. de 1785 y de 27 de agosto de 1786.

(3) L. 12. tít. 8. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec. y la Real instr. ya cit.

[*] No será fuera del caso para complemento de esta materia, decir aquí algo de la cuarta-marital. Esta no es otra, que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro, como dispone la ley 7. tít. 13. Part. 6. Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien á los padres en su caso. Véase á Febrero librería de escribanos cap. 1. §. 21. núm. 239. El dia de hoy en vista de la ley 1. tít. 8. lib. 5. de la Recopilacion, L. 1. tít. 20 lib. 10 Nov. Rec. que es la 6 de Toro, hay bastante motivo para dudar, que pudiese tener lugar tal cuarta parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toquen, podria la madre proporcionarse la cóngrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que deberia administrar los bienes de sus hijos.

(4) Ll. 31. tít. 1, Part. 6. y 5. tít. 12. lib. 1. de la Rec. de Cast. L. 5. tít. 30. lib. 1. Nov. Rec.

(5) Rs. céd. de 29 de nov. de 1796 y de 29 de abril de 1804.

lemne profesion en que renuncian al mundo, y todos sus derechos temporales. (1)

Los bienes de los que mueren intestados, se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo y con el órden esplicado, pero se deducirá de ellos, en solas las sucesiones transversales de bienes libres sin distincion de grados, el dos por ciento para la real Hacienda; (2) pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes. (3)

Los parientes que suceden ab intestato, no por eso están desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, dirémos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos, ó son legítimos y forzosos, ó transversales: y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ó bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendientes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerle las exequias funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el pais con arreglo á su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes. (4) Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion à invertir todo el quinto y cumplirán con solo lo dicho. (5) Lo mismo se debe decir de los transversales herederos del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto dió poder para testar, y el comisario ó por no poder, ó por no querer, no hizo el testamenmento, en este caso solamente, estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion, (6) que dice así. ,,Quando el comisario ,,no hizo testamento, ni dispuso de los bienes del testador, por- ,,que pasó el tiempo, ó porque no quiso, ò porque murió sin ,,facerlo; los tales bienes vengan derechamente á los parien- ,,tes del que le dió el poder, que huviesen de heredar sus bie- ,,nes ab intestato, los cuales en caso que no sean fijos ni des- ,,cendientes ò ascendientes legítimos, sean obligados á dispo- ,,ner de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del

---

(1) Pragmática de 6 de julio de 1792.

(2) Real céd. de 11. de junio de 1801 art. 5. del Reglam. inserto.

(3) Art. 1. de dicho reglamento.

(4) L. 16. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. L. 14. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(5) Arg. de la ley 10. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. L. 13. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

(6) L. 10. tít. 4. lib. 5. Rec. de Cast. L. 13. tít. 20. lib. 10. Nov. Rec.

„testador, lo qual si dentro del año contado desde la muerte „del testador no lo cumplieren, mandamos que nuestras justi- „cias les compelan á ello, ante las quales lo puedan demandar, „y sea parte para ello qualquier del pueblo." La razon de esta disposicion es, porque en este caso se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quiso que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía á otros casos porque solo habla del que últimamente he esplicado.

Para el buen cobro, y administracion de los bienes de los que mueren ab intestato sin dejar notoriamente ascendientes, descendientes ó colaterales, dentro del grado que por derecho deben heredar; ó ex testamento dejando herederos, ó legatarios en España ó fuera del distrito de cada Audiencia, se estableciò en América un juzgado general llamado *de bienes de difuntos*. De su ereccion y facultades, se trata largamente en el tít. 32. lib. 2. Recopilacion de Indias, y para el arreglo de conocer y proceder en las causas correspondientes al del reino de Goatemala, se formó una instruccion conforme á las leyes, reales cédulas y órdenes que tratan sobre el particular, por el señor don Francisco Robledo, oidor decano de esta real Audiencia, la que se aprobó por la misma, y mandó observar interinamente en 26 de setiembre de 1799. [*]

Apéndice.—*De Mayorazgo.*

Mayorazgo, es el derecho de suceder en bienes vinculados que se han de conservar perpétuamente en la familia, perteneciendo por órden sucesivo al próximo primogénito, ò al que designe el fundador. El mayorazgo se considera como regular, ò irregular; y este se subdivide en mayorazgo de verdadera agnacion, de agnacion fingida, de masculinidad, de femineidad, de eleccion, alternativo, saltuario, de segundo genitura, é incompatible. Llámase regular *aquel en que se succede segun el órden prescrito para la sucesion del reino* conforme á la Ley. (1) „Esto es, aquel para cuya sucesion se nombra primero al hijo „varon mayor y á sus descendientes legítimos, prefiriendo siem- „pre el mayor al menor, y el varon á la hembra, y despues

[*] El señor don Guillermo de Aguirre y Viana, oidor de la real Audiencia de Méjico, formó en 17 de octubre de 1804 una Instruccion, que consta de 51 artículos, para el gobierno del juzgado de bienes de difuntos, que fué aprobada por la propia real Audiencia en auto de 22 de julio de 1805, con las adiciones que espresa; y por real cédula de 8 de abril de 1812, se mandó que se guardara en esta real Audiencia, acomodándose á las circunstancias locales.—Fué impresa para el conocimiento público en 1804.

(1) 2. tít. 15. Part. 2.

„á los demas por el mismo órden, guardándose entre ellos la „prelacion atendida la línea, grado, sexo y edad; y observán-„dose lo mismo en los transversales." (1) De aquí se deduce que tantos los hijos varones como las hembras tienen derecho á la sucesion en el mayorazgo, pues no existiendo los primeros, entran las segundas. (2)

Cuando es irregular el mayorazgo se observan diversas reglas en su sucesion. La mas esencial de todas, y que debe guardarse puntualmente, á ménos que no se oponga á las disposiciones de derecho, es la voluntad del fundador. (3) Segun los términos con que este haya hecho los llamamientos al establecer el mayorazgo, así será su clasificacion: de donde nace que se les dé diverso nombre, atendido el órden señalado para la sucesion.

Se dirá, pues, que el mayorazgo es de agnacion verdadera, ó rigurosa, cuando son llamados únicamente á suceder los varones descendientes de varon en varon, sin que intermedie ninguna hembra; de suerte que estas se escluyen absolutamente con los que desciendan de ellas. Si el fundador llamase en primer lugar á algun varon que no fuese su agnado, ó alguna hembra, mandando que despues de él ò de ella, sucedan los hijos varones de varones del primer llamado, entónces el mayorazgo es de agnacion fingida ó artificiosa.

El de masculinidad se nombra así porque el fundador llama á su goce á sus descendientes varones, sin consideracion á que sean agnados ò cognados, bastando para que se les admita la circunstancia de ser varones, aun cuando su parentesco con el fundador les provenga de parte de hembra. En el de femineidad sucede lo contrario, pues en el de propia y verdadera, son llamadas las hembras con esclusion absoluta de los varones, y serán preferidas aunque se hallen en grado mas remoto que aquellos; y en el de femineidad impropia tambien suceden las hembras, pero por su falta, se admite al hijo varon del poseedor, sin perjuicio de que cuando este fallezca sigan aquellas gozando el mayorazgo.

El de eleccion ó electivo, consiste en que el fundador haya concedido á los poseedores facultad de elegir sucesor en el mayorazgo, prefiriendo siempre á los parientes del mismo fundador, como lo asientan los autores. (4) En caso de que no existan aquellos, y el fundador no hubiese dispuesto otra cosa, podrá nombrar el poseedor á quien tenga por conveniente aun cuando sea á un estraño. Esta facultad de elegir sucesor para el

(1) Febrero Reform. Cap. 9. nº 2.
(2) Dicha L. 2.
(3) L. 5. tít. 17. lib. 10. Nov. Rec.
(4) Rojas de Almansa Cuest. 1ª § 6. nº 159. Molina de Primogenit. lib. 2. cap. 4.

mayorazgo se considera personalísima según la opinion comunmente recibida; (1) y así no puede cederse, ni trasmitirse á los herederos del poseedor. Hemos dicho que la voluntad del fundador ha de cumplirse estrictamente siempre que no sea contraria à las leyes; y de aquí es que si llama para que posea el mayorazgo á uno de una línea sea cual fuere, y despues de su fallecimiento á otro de la línea opuesta, siguiendo siempre en esta alternativa, deberá así ejecutarse. Del propio modo ha de observarse su disposicion, si previniese que suceda en el vínculo, el mayor en edad de sus parientes, sin consideracion á su mayor ó menor proximidad, línea, ni grado en que se encuentre, pues ùnicamente debe atenderse á aquella circunstancia de la edad. En el primer caso se denomina el mayorazgo alternativo, ó de naturaleza alternativa; y en el segundo saltuario, porque en efecto se vá saltando en su sucesion, de línea en línea. (2)

Tambien puede el fundador llamar para el goce del mayorazgo al segundo génito, ordenando que siempre este le obtenga con esclusion de los primeros; de suerte que el hijo segundo, y los segundos de este y asi sucesivamente, serán los poseedores; y he aquí la cláusula que constituye al mayorazgo de segundo genitura propia. Lo será de impropia, si solo el primer sucesor fuere el segundo génito, y despues el primogénito de este y sus demas sucesores en el órden regular, convirtiéndose desde luego en propio y regular, pero atendida la institucion, se le dá aquel nombre.

Puede decirse que una de las causas que desde el orígen de los mayorazgos tuvieron presentes sus fundadores al establecerlos, fué la de que se conservase el nombre de sus familias con todos los honores y preeminencias de su distincion. Semejante poderoso motivo, no puede ménos algunas veces, que impeler á los fundadores á que prohiban á sus sucesores en los mayorazgos, que disfruten de otros, que puedan pertenecerles; y de aquí pues, la existencia de los que se llaman incompatibles. La incompatibilidad consiste como se infiere de lo espuesto, en que una misma persona no pueda simultáneamente poseer dos ó mas vínculos, si uno de ellos fuese incompatible con los otros. Los autores establecen varias y diversas especies de incompatibilidad, dando á cada una de ellas su respectiva definicion; pero todas á nuestro juicio, pueden reducirse á dos, denominándolas *legal* y *preceptiva*. Será legal cuando la incapacidad de poseer mas de un mayorazgo provenga de la disposicion de derecho; (3) y preceptiva cuando de la voluntad

---

(1) Febrero con los que cita en el núm. 11. cap. y lib. dichos.
(2) Feb. lug. prec.
(3) L. 7. tit. 17. lib. 10. Nov. Rec.

del fundador, sean cuales fuesen los términos en que esté concebida la cláusula de la prohibicion.

Siempre, como queda sentado, la primera regla à que ha de atenderse para decidir á quien corresponda la sucesion de algun mayorazgo, es la voluntad del que lo fundó: mas si de ella no pudiese deducirse, entónces se ocurrirá á las leyes establecidas para la sucesion á la corona de estos reinos; (1) y aun en cuanto á estos se verificará lo mismo por hallarse derogada la que prevenia lo contrario, (2) restableciéndose con todo vigor y energìa la otra que se ha citado. (3) El mayorazgo es por su naturaleza indivisible, y en un solo caso que trae espreso la ley (4) podrá dividirse; lò que sucederá cuando de un parto nazcan dos ó mas hijos varones, ó hembras; y si de un parto naciesen varon y hembra, ignorándose cual de ellos nació primero, se presume que el varon. (5) La razon porque el mayorazgo se considera indivisible se infiere del fin de su institucion, cual es el de que se conserve para siempre el nombre de la familia del fundador, lo que no se lograria si se dividiese, pues al cabo de algunos años se destruiria. De este mismo principio nace que se haya dado á los vínculos de esta clase un carácter dè perpetuidad, aun cuando espresamente no lo determinen los fundadores: tambien es muy consiguiente, que por el propio motivo, se tengan por inalienables los bienes mayorazgados; pues únicamente podrán venderse, permutarse ò gravarse, impetrada real licencia, y que esta se conceda, prévia calificacion de la utilidad y necesidad de la enagenacion, que se practicará con citacion del inmediato sucesor. (6) En cuanto á la prescripcion del mayorazgo, puede establecerse que no se consigue por el tèrmino ordinario; pero si por el de cuarenta años, no obstante la opinion del Pavorde Sala (7) y Antonio Gomez, en cuya doctrina la funda. La razon es la misma que favorece toda prescripcion de cuarenta años; interesa demasiado á la causa pública que los dominios de las cosas no sean inciertas por un tan dilatado espacio de años.

Para suceder en el mayorazgo debe atenderse principalmente á la línea, grado, sexo y edad de los aspirantes, computándose generalmente el parentesco respecto del último poseedor, y no del fundador, y graduándose siempre segun la for-

(1) L. 2. tít. 15. Part. 2.
(2) L. 5. tít. 1. lib. 3. Nov. Rec.
(3) Pragmática sancion de 29 de Marzo de 1830.
(4) L. 12. tít. 33. Part. 7.
(5) Dicha ley.
(6) Molina de Primog. cap. 7. números 4. y 5.
(7) Ilustracion al Derecho Real de Esp. Lib. 2. tít. 7. núm. 11. y Gomez en el lugar que allí cita.

ma establecida por derecho civil: (1) este òrden se observarà en el primogénito, y por su falta y la de sus descendientes en el segundo génito y su descendencia, y asi sucesivamente. Luego que fallece el poseedor del mayorazgo se transmite inmediatamente su posesion [*] al que deba sucederle sin necesidad de aprension, solo por ministerio de la ley, de suerte que se considera que no hay un momento de vacante. (2) En los mayorazgos se sucede por derecho de sangre y no hereditario, (3) y por representacion, á ménos que el fundador no hubiere dispuesto otra cosa; pero esta doctrina debe entenderse cuando se trata de suceder al último poseedor, pues á aquel se sucederá por derecho hereditario. (4).

Otro de los requisitos á que debe atenderse en la consignacion de los mayorazgos, es á la legitimidad de los pretendientes; pues los legítimos serán preferidos à los demas parientes. En la clase de legítimos ha de considerarse en nuestro concepto, al hijo legitimado por subsecuente matrimonio, y asi entrará á suceder en el mayorazgo en la misma forma, y con el propio derecho que los legìtimos. Algunos (5) opinan que si un hijo mayor en edad es legitimado de aquella manera, no escluye al menor nacido de matrimonio ántes que se hubiese hecho la legitimacion; pero la razon en que se fundan es demasiado especiosa. Dicen que la retrotraccion no debe perjudicar el derecho que ya tenia adquirido al mayorazgo el hijo legítimo. Esta doctrina la creemos opuesta al fin y objeto que se propuso el legislador al conceder la legitimacion por el siguiente matrimonio: por las leyes (6) aquella se equipára en todo á la legitimidad (7); y asi como seria absurdo decir que el hijo legitimado perjudica al legítimo porque entra á heredar con él por partes iguales, del propio modo lo es sentar que le priva del derecho que tiene al mayorazgo, el cual no ha podido adquirirse hasta la muerte del padre; y si en esta época existe el legitimado, cuya legitimidad en nada se diferencia de la del legítimo, debe abjudicársele porque es mayor en edad.

Visto ya el órden y reglas que han de observarse para la sucesion en el mayorazgo, espondrémos las formalidades y demas requisitos que son necesarios para su fundacion; y los

---

(1) L. 12. tit. 15. y la 9. tít. 1. Part. 2.
[*] Esta es la posesion que llaman los AA. civilísima.
(2) L. 1. tít. 24. Lib. 11. Nov. Rec.
(3) L. 2. tít. 15. y la 9. tít. 7. Part. 2.
(4) Molina lib. 1. cap. 9. núm. 2.
(5) Sala y los que refiere en el lug. cit. núm. 14.
(6) 12 de Toro; y en ella Posadilla.—Ll. 9. y 10. tít. 8. lib. 6. Nov. Rec.
(7) Véase el apéndice de legitimacion.

medos de constituirlo. Cualquiera que desee vincular bienes para fundar mayorazgo, impetrará el Real permiso de S. M., quien á consulta de la Cámara la concede; y sin esta Real licencia no podrá constituirse. (1) El instituidor puede vincular generalmente todos sus bienes, no teniendo legítimos herederos; pues es principio inconcuso que en la legítima de aquellos no puede el testador poner condicion ni gravámen; por tanto el ascendiente que tenga legítima sucesion, dispondrá para dicha fundacion del remanente del quinto de todos sus bienes á favor de cualquiera, y de este y el tercio solo entre sus descendientes, prefiriendo los del primer grado, los legítimos &c., con arreglo à la ley de Toro. (2) Y el descendiente podrà fundarlo sin licencia de sus ascendientes, pero con facultad Real del tercio de sus bienes, pues los otros dos son legítimas de sus ascendientes. Para que se otorgue la Real licencia ha de preceder informe y conocimiento del valor del mayorazgo, cuyas rentas no deberán bajar de tres mil ducados anuales: de la dignidad del fundador y su familia para poseerlo; y de la clase y naturaleza de los bienes que se vinculen, pues ha de atenderse sì el todo, ó la mayor parte de ellos consiste en raices para moderarlo, previniendo se sitúe el mayorazgo con especialidad en efectos de réditos fijos, como censos, acciones de Bancos &c., sin cuyos requisitos será nula la fundacion. (3) Esta podrá hacerse en testamento ò por contrato entre vivos.

Fundado el mayorazgo no podrá revocarse si el fundador ha entregado la posesion de èl, ó de las fincas de que se compone, al instituido por primer llamamiento; si le ha dado la escritura de fundacion, ó si fué constituido por contrato oneroso, como casamiento, ú otro semejante; (4) á ménos que en cualquiera de estos casos no se hubiese reservado la facultad de hacerlo. Lo mismo se establece en los mayorazgos electivos, respecto de la eleccion, que una vez hecha no puede revocarse. (5)

Las mejoras, reparos y reedificaciones que se hagan por el poseedor á las fincas amayorazgadas, ceden á ellas; sin que el inmediato sucesor esté obligado á pagar su importe á la muger, hijos, ni herederos del que las hizo; (6) pero es de advertir que para hacer semejantes mejoras, exige el derecho (7) que preceda Real licencia. Si por el contrario, hubiere algun

(1) L. 12. tít. 17. lib. 10. Nov. Rec.
(2) Ley 11. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.
(3) Dicha L.
(4) L. 4. tít. 17. lib. 10. Nov. Rec.
(5) Febrero lug. cit. nùm. 49.
(6) L. 6. tít. 17. lib. 10. Nov. Rec.
(7) Dicha L. que es la 46 de Toro.

detrimento en los bienes vinculados, que provenga de culpa ó abandono del último poseedor, el que le sucede tendrá accion personal contra los de aquel para repetir la competente indemnizacion. (1)—Los frutos que hubiesen pendientes al tiempo de la muerte del poseedor, deberán dividirse entre los herederos de este, y el que le sucede en el mayorazgo, percibiéndose por los primeros todos los producidos durante la vida de aquel; y por el segundo los que se recolecten desde el fallecimiento en adelante. (2) [*]

TÍTULO XIV.

De las obligaciones.

Todo lo que se ha esplicado desde el principio del libro segundo hasta aquí, pertenece á las especies de *derecho en la cosa.* Hemos visto los modos de adquirir el dominio, qué cosa sean las servidumbres, y como se adquiera por herencia, ya en virtud de testamento, ya ab intestato. Ahora, pues, parece que debia tratarse del derecho de prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el órden de las instituciones de Justiniano, pasarémos á tratar del *derecho á la cosa,* el cual como siempre nace de obligacion, veremos primeramente: qué cosa sea obligacion, y cuántas sus especies.

Por obligacion entendemos: *una necesidad moral, que nos impone el derecho, de dar ó hacer alguna cosa.* (3) De esta definicion, que es bastante clara, se deduce el siguiente axioma: *La obligacion no pasa de la persona que la contrae:* de suerte, que en virtud de ella, nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa,* y *á la cosa,* que dimos en el tít. 1. del lib. 2.

De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es, que las obligaciones son ó puramente naturales, ó puramente civiles ò mistas. (4) Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la obligacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ó asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural:* v. g., la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales contraidos sin escritura pública. (5)

(1) Feb. lug. cit. núm 52.

(2) Dho. aut. allí, al final de la nota que se halla en el mismo núm. 52.

[*] En esta obra, al tratar de los juicios, se esplicará el de *tenuta,* modo de introducirlo, substanciarlo &c.

(3) Arg. de la ley 5. tít. 12. Part. 5.

(4) L. 5. tít. 12. Part, 5.

(5) Real decreto de 28 de abril de 1803. L. 18. tít. 2. lib. 10. Nov. Rec.

Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, pero el derecho natural no la auxilia, se llama *puramente civil:* v. g., la que nace del contrato literal. Finalmante: si ámbos derechos, natural y civil asisten á la obligacion, será mista: v. g., el comprador está obligado por derecho civil y natural á pagar el precio prometido; y así se puede decir *mista* esta obligacion. (1) Hablando en rigor, solo éstas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente, por lo regular no producen alguno, pues se rescinden por la restitucion *in integrum:* las naturales finalmente, solo producen escepcion, y no accion.

Otra division de las obligaciones es, que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad, siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios. 1° *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa, que ningun daño le trae á él, y aprovecha al otro.* 2° *Todo hombre està obligado à hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por ejemplo: en virtud del primer principio, está obligado el poseedor de una cosa, á mostrarla al que se lo pide, para investigar si es la suya que él ha perdido: en virtud del segundo, el padre está obligado á alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno, que induzca la obligacion.

Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, este será ó lìcito, ó ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento, y el ilìcito es todo delito; y de aquí se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion, y otra de delito. De los delitos hablaremos en el libro 4.°, y asì ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa: que aquel *consentimiento por el cual dos ò mas convienen en dar ó hacer alguna cosa.* Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando éste no hay hecho obligatorio lícito: ha de ser de *dos ò de mas*, porque uno solo no se puede obligar á sí mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion tambien se incluye negacion; y asì, hay convenciones de no dar ó de no hacer, que se llaman *pactos remisorios.*

La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato es, *una convencion, que tiene nombre y causa*, y el pacto, que ni tiene nombre, ni causa. [*] Para entender estas defi-

---

(1) L. 5. tít. 12. Part. 5.

[*] Tambien se llama contrato el que tenga solo *causa*, aunque carezca de *nombre* en el sentido que espresa la definicion.

niciones es necesario saber, qué es nombre, y qué es causa. *Por nombre* entendemos: un vocablo que significa el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende: una cosa presente, de la cual segun derecho, nace obligacion. Así, v. g., la venta tiene nombre, y de allí nace la accion de compra y venta, y causa, que es el consentimiento: por el contrario, una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre, porque no hay accion de este nombre en derecho, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo por venir. [*]

Los contratos unos son *verdaderos* ó rigorosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos.* Todo contrato por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero y espreso, ó ficto, que tambien se llama presunto: del verdadero y espreso nacen los contratos verdaderos, y del ficto ó presunto los cuasi contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintió, hay tres reglas de equidad natural, de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

1.ª *Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.*

2.ª *El que quiere lo que antecede, no debe rehusar lo que se sigue.*

3.ª *Cualquiera se presume, que ha de aprobar lo que redunda en utilidad suya.*

Los verdaderos contratos unos son nominados, y otros innominados. Los nominados tienen nombre y causa, y así producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre; y así no producen accion especial. Tales son estos cuatro que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas, te doy porque me des, te hago porque me des, y te hago porque me hagas.* Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas, pues la compra y venta, v. g., no es otra cosa que *te doy, porque me des;* pero realmente no es así, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados, ó no interviene, sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ó merced, sino como honorario, que no es necesario que esté definido por pacto.

---

[*] Se advierte que ya por nuestro derecho, en virtud de la ley 2. tít. 6. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec., no se conoce distincion entre pacto nudo y vestido, como lo habia entre los romanos; y así entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna.

Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa; esto es, alguna cosa presente de la cual segun las leyes, nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman reales, como el mútuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, como la compra venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes, se llama *literal.*

Resta la última division de los contratos, por la cual, unos son unilaterales, y otros bilaterales; pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos son bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente, unilateral: en la compra y venta, v. g., uno y otro contrayente se obliga, y en el mútuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho rigoroso, (en latin *stricti juris)* y los bilaterales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesária en los contratos de rigoroso derecho, sino que en éstos, nada mas se puede pedir, que lo que espresamente se prometiò: por el contrario, en los llamados de buena fé, se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresmente, v. g., del mùtuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de rigoroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

De lo dicho se deduce muy fácilmente por qué razon ciertos contratos producen dos acciones, y otros una. Como en los bilaterales ámbos contrayentes estàn obligados, necesariamente debe haber dos acciones por medio de las cuales, uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mútuo, v. g., á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aquí es, que solamente se dá una accion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales ó son ámbas directas, ò la una es directa, y la otra se llama contraria. Son ámbas directas, siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato; y es la una directa, y la otra contraria, siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio, y el otro despues: v. g., en la compra y venta uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato; y asì, nacen las dos acciones llamadas *de compra y venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato, solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contra-

to; pero el mandante no está obligado, sino hasta despues, en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por él, ó recibiese daño por causa de la ejecucion del mandato; y así, la accion contra el mandatario es directa, y la que se dá contra el que mandó, contraria. En materia de acciones contrarias, sirva de regla general: que *toda accion contraria se dà para indemnizarse.*

Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos: *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio.* Esto puede suceder, ó por *dolo*, ò por *culpa*, ó por *caso fortuito.* Dolo se dice que hay, siempre que se verifica propósito ò intencion en el que daña. (1) Culpa, cuando se falta por negligencia ó descuido. (2) Finalmente: caso fortuito se llama, cuando el daño viene de la providencia divina que así lo dispone, y á la que no se puede resistir. (3) Acerca del dolo solo hay una regla que observar, esta es: *el dolo siempre se presta en todo contrato;* lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdría este pacto, porque convidaría á pagar. Aun hay ciertos contratos, en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que lo comete; tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato. (4) Y la razon que tienen para esto las leyes es, porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas execrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

Acerca del caso fortuito se dá tambien una regla solamente: ésta es la siguiente.

Al caso fortuito, hablando en general, ninguno està obligado. (5) La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la providencia divina que gobierna todas las cosas. Con todo, puede suceder que alguno preste el caso fortuito: esto será: 1.º si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2.º si fuere moroso en entregar, ò en restituir la cosa; y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito. (6)

La culpa segun los juristas se divide en *lata, leve y levísima.* El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familia; entre estos hay algunos sumamente

(1) Ll. 1. tít. 16. y 11. tít. 33. Part. 7.
(2) L. 11. tít. 33. Part. 7.
(3) Dicha ley 11.
(4) L. 5. tít. 6. Part. 7.
(5) Arg. de la ley 3. tít. 2. Part. 5. y ley 11. tít. 33. Part. 7.
(6) Dicha ley 3.

cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora, pues, el que no imita esta diligencia verdaderamente exactísima, se dice que comete culpa *levísima.* (1) Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar, ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes ó mas que ellos, se dice que cometen culpa lata. (2) Finalmente: hay otros exactos y medianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos, es reo de culpa leve. (3)

Estas son las descripciones, las cuales entendidas, fácilmente se entenderán las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir, que hay contratos que solo ceden en utilidad del que dá, y otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ámbos contrayentes.

Regla 1.ª *Cuando toda la utilidad es para el que dá, y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levísima, y éste solamente la lata:* v. g., en el depósito, el que depone se obliga hasta la culpa levísima, porque él únicamente percibe la utilidad de este contrato; y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él.

2.ª *En los contratos que ceden en utilidad de ámbos contrayentes, cada uno está obligado à la culpa leve:* v. g., la compra venta, locacion conduccion, compañía y prenda.

3.ª *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levísima:* v. g., en el comodato.

4.ª *El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levísima, como en la administracion de negocios agenos.*

5.ª *El que ofrece á otro su cosa, no puede exigir sino la culpa lata:* por ejemplo, en el precario.

Hemos hablado ya de las obligaciones en general: síguese ahora tratar en particular de los contratos nominados; y como éstos, segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

TÍTULO XV.

De que modos se contrae obligacion por tradicion de la cosa ó de los contratos reales.

Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados, y aun por los delitos nacen de cosa; llamamos

---

(1) L. 11. tít. 33. Part. 7.
(2) Dicha ley 11.
(3) La misma ley 11.

ahora *contratos reales* á aquellos, que ni tienen su perfeccion esencial, ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados, estos cuatro: *mútuo*, *comodato*, *depòsito* y *prenda.* Dije, *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion; y así, no sería contrato si uno dijese: *te daré porque me des, te haré porque me des ó hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ó hagas* &c.; y asì se ve claramente, que es necesario que todos los contratos innominados sean reales.

El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mútuo*, y se llama asì: *un contrato por el cual una cosa fungible, ò de las que consisten en nùmero, peso y medida se dá à otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo género.* (1) Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque si no fueren de las que se consumen por el uso no será mútuo, sino comodato. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y esta es otra distincion entre el mútuo y comodato; pues en este se dá solo el uso, y no el dominio. Finalmente se añade, que el deudor debe restituir *otro tanto en el mismo género*, y en esto se distingue el mútuo de todos los demas contratos reales, conviene á saber: del comodato, depósito y prenda, en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

Con lo dicho se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia. 1.° *No se dá mútuo si no se verifica tradicion de moneda, ó de otra cosa de las que se llaman fungibles.* (2) 2.° *El mútuo es especie de enagenacion y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor.* (3)

De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo; y así de ello se infiere: 1.° que puede dar á mútuo todo aquel que puede enagenar; y así, de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo, ni el menor, (4) (*) y

---

(1) L. 1. tít. 1. Part. 5.
(2) L. 1. tít. 1. Part. 5.
(3) Ll. 2. y 10. tít. 1. Part. 5.
(4) Ll. 17. tít. 16. Part. 6. y 4. tít. 11. Part. 5.

[*] Acerca de las personas á quien se puede hacer el préstamo, se advierte que á las iglesias, reyes, consejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar à mútuo, no se podrá demandar lo dado, si no se prueba que se convirtió en su utilidad. § Y así, para que el que dá á mútuo quede asegurado, debe probarse la utilidad ántes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez, á quien corresponda darla, con cuya diligencia será bien hecho. ‡

---

§ L. 3. tít. 1. Part. 5.
‡ Febr. librer. de escrib. cap. 4. §. 2. núm. 11.

sí solo aquel que tiene facultad de contraer. 2.° Que por ser este contrato unilateral, solo queda obligado el deudor à volver la cosa que recibió en el mismo género que se le diò. (1)

Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se llama *accion de mútuo.* Se dá esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo gènero, la que se le debe restituir al plazo estipulado, y si no se prefine plazo diez dias despues de prestada á voluntad de su dueño. (2)

A mas de esto el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado, debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante así en la demora, como en la demanda, á lo cual está obligado así el que recibió el mútuo, como sus herederos. (3)

El segundo contrato que se perfecciona por la entrega de la cosa es el comodato, por el cual entendemos: *un contrato real por el cual una cosa no fungible se dá graciosamente para cierto uso con obligacion de que concluido éste, se vuelva la misma cosa en especie.* (4) Se diferencia del mútuo, parte en

De ninguna manera se puede dar á mútuo á ningun hijo de familia, sea mayor ó menor de veinte y cinco años estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no está obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial, ni estrajudicialmente, ni á sus fiadores, ni padre; y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos. 1.° Cuando el hijo es soldado. 2.° Cuando obtiene empleo público del Rey, ó consejo. 3.° Cuando niega que es hijo de familia, y el acreedor tiene justa causa para creerlo.— 4.° Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó éste le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entónces ámbos quedan obligados. 5.° Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ó es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre lo tiene puesto en este ejercicio, y con su órden contrata. 6.° Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento. (†)

Si el factor de algun mercader ó cambiante toma algo prestado con su mandato ó sin él, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo èste; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado éste, sino el factor á su solucion. (‡)

(1) L. 2. tít. 1. Part. 5.
(2) L. 2. al mismo tít.
(3) L. 10. tít. 1. Part. 5.
(4) L. 1. tít. 2. Part. 5.
(†) Ll. 4. y 6. tít. 1. Part. 5. Véase la ley 22. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 17. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(‡) L. 7. tít. 1. Part. 5.

que aquí se dá una cosa *no fungible*, y en el mutuo fungible, y parte en que aquí se transfiere solamente el uso, y allí tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se dá la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido; y así siempre es revocable.

Entendida esta definicion fácilmente se entienden los siguientes axiomas. 1.° *El comodatario recibe la cosa agena para hacer un cierto y definido uso*; de otra suerte sería precario. (1) 2.° *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes, sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante*; de otra suerte sería locacion conduccion. (2)

Del primer axioma nacen dos conclusiones. 1.ª Que la cosa comodada no se puede pedir ántes de acabarse de hacer el uso de ella. (3) Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe ser preferido al comodatario. 2.ª Que el que usa de la cosa por mas tiempo ò de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño. (4)

Del segundo axioma se infiere: 1.° Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion, (5) siendo hecha en dinero, y si en otra cosa, en contrato *do ut des*. 2.° Que el comodatario ordinariamente está obligado á la culpa levísima, (6) pues lo comun es, que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidadd de ámbos, ó de solo el que dá, como puede acontecer, se prestarà la leve ó lata, conforme á las reglas ya dadas. (7) 3.° Que el caso fortuito no daña al comodatario sino al comodante. (8) La razon es, porque la cosa perece para su dueño; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que ésta perece. Se esceptúan de estas reglas varios casos, en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1.° Cuando este suceda por su culpa. (9) 2.° Cuando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado á pagarla de cualquier modo que perezca. (10) 3.° Cuando el comodatario se quiso obligar al peligro. (11)

(1) Dicha ley 1.
(2) La misma ley 1. del tít. 2. al fin.
(3) Arg. de la ley 9. del mismo tít.
(4) L. 3. del mismo tít. 2. Part. 5. y ley 3. tít. 14. Part. 7.
(5) L. 1. tít. 2. Part. 5.
(6) L. 2. del mismo tít.
(7) Dha. ley al medio en donde pone ejemplos de estos dos casos.
(8) La misma ley 3.
(9) V. la ley 3. que pone ejemplos con que se ilustra esta escepcion.
(10) La 3. al fin.
(11) La misma ley.

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y como es de los dominados, se llaman *de comodato.* Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante hasta despues; se sigue, que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y ésta como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

El tercer contrato real se llama *depósito*, y es: *un contrato por el cual una cosa mueble se dá á guardar á otro gratuitamente, para que la restituya en especie cuando la pida el deponente.* (1) Es digno de notarse, que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raíces puedan estar de alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia. (2) En este contrato ni el dominio, ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda; y así, si se concede al depositario que use de la cosa que se le dá siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

El depósito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica, cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa. El segundo, cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c.; y el tercero, cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor. (3)

Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas. 1.° *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerarà en locacion, ó en contrato do ut des.* (4) 2.° *Por el depósito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirá en mùtuo, ó comodato.* (5) 3.° *La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito.* (6)

Del primer axioma se deduce: lo 1.° Que este contrato sin mudar su esencia no admite paga. (7) 2.° Que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia; (8) y si nó, ¿quién sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendarìa sus cosas á otro que à un amigo, en cuya fidelidad tiene mucha confianza? Es, pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro.

Del segundo axioma en que se asienta que solo se transfiere la

---

(1) Ll. 1. tít. 3. Part. 5. y la 2 en el principio.
(2) L. 2. en el principio tít. 3. Part. 5.
(3) L. 1. tít. 3. Part. 5.
(4) L. 2. tít. 3. Part. 5.
(5) Dicha ley 2. al fin.
(6) Arg. de la citada ley 2.
(7) La misma ley 2.
(8) L. 8. dicho tít. 3. Part. 5.

guarda, se deduce: 1.° Que el depositario cometerá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2.°: puede el depósito volverse mútuo ó comodato, espresa ó tácitamente. Espresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa, y tácitamente si una cosa fungible se entrega sin guarda, ni cerradura alguna, (1) pues entónces se infiere con razon, que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

Finalmente, del tercer axioma inferimos: 1.° Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general. (2) Dije, hablando en general, porque hay varios casos en que se obliga à mas. 1.° Si se pactó lo contrario. 2.° Cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda; y 3.° Cuando recibe precio por guardarla; pues en tales casos debe prestar la culpa leve. (3) 2.° Que mucho ménos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte así, ó que el depositario sea moroso en la entrega, ó que venga el caso fortuito por dolo ó culpa lata del depositario, ó si se hiciese el depósito por utilidad solamente del que lo recibe. (4)

Hemos dicho ya, que depósito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragio ó de otra urgente necesidad. Ahora, pues, como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depósito comete dolo, lo condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida. (5)

El depósito judicial ó secuestro se distingue de los otros, en que se hace por lo regular invito el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas. (6) Tampoco lo debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito. (7)

Resta esplicar la accion que nace de este contrato: ésta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de depósito*, directa ó contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se dá al depositario para indemnizarse; y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de depósito es, que no se puede oponer escepcion, ni con título de retencion ó compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando éste

(1) L. 2. de este tít. ya citada.
(2) L. 3.
(3) L. 3. al fin.
(4) L. 4. tít. 3. Part. 5.
(5) L. 8. del mismo tít.
(6) L. 5. en el medio.
(7) L. 5. tít. 3. Part. 5.

despues de su derecho. (1) Con todo, la ley de Partida asigna cuatro caso, en los cuales puede retenerse el depósito. 1.º Cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ú otra arma, y su dueño ha perdido el juicio. 2.º Cuando al dueño se le confiscan los bienes. 3.º Cuando un ladron dá en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no lo entregue hasta que judicialmente se le mande; y 4.º cuando se le entregase en depósito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo, lo puede retener como señor que es. (2)

Resta esplicar el último contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca*, [*] cuya diferencia y naturaleza esplicaremos primeramente. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sí, se inventó un contrato por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro, obliga á su responsabilidad, ò todos ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos esplicado en otra parte, (3) ó son raices ò muebles y semovientes, ó incorporales, como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda;* y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca*, y aunque ámbas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes à la obligacion constituida, se diferencian en que la prenda se entrega al acreedor, y la hipoteca permanece en poder del deudor. Trataremos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca.

La prenda es: *un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor à su acreedor para seguridad de la deuda, con la condicion de que pagada èsta, se le restituya su misma cosa en especie.* (4)

Esta definicion se aclarará con los axiomas siguientes. 1.º *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad: producen este efecto todas las que tienen precio.* (5) De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y

(1) Dha. ley. tít. y Part.
(2) L. 6. del mismo tít.
[*] La palabra *prenda* puede tener várias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda; otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras finalmente el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion y aun sin ella, en la hipoteca. Si la prenda se considera de este último modo, nacen de allí acciones reales. Si como contrato, nace accion personal; y así, vamos á tratar de ella.
(3) Tít. 2. lib. 2. de estas instit.
(4) L. 1. tít. 13. Part. 5.
(5) L. 2. tít, 13. Part. 5.

demas que están fuera del comercio, no pueden ser dadas en prendas (1) 2.º *En este contrato solo se transfiere la posesion natural, ó la nuda detencion de la cosa.* (2) 3.º *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato: el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dé lo que ha de menester.* (3)

Del primer axioma se infiere: que todas las cosas así corporales como incorporales, pueden ser dadas en prendas, con tal que estèn en el comercio, (4) y que el que las dá tenga derecho de enagenarlas; (5) ó si la cosa es agena la dé en prenda, con consentimiento espreso ó tácito de su dueño, ó que á lo ménos haya ratihabicion. (6)

Del segundo se infiere: que el acreedor no puede usar de la prenda, si no es con consentimiento del deudor, (7) ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis.* Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado á dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legítimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo axioma sale la distincion entre la prenda y la hipotèca, que ya hemos insinuado.

Finalmente: del tercer axioma sale una conclusion solamente, esta es: que ámbos contrayentes están mútuamente obligados á la culpa leve; (8) y así, si la cosa se perdiere ó empeorare por culpa levísima del depositario, ó por caso fortuito, no estará obligado á resarcir el daño.

Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoraticia* directa, y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que ha pagado la deuda: (9) la segunda se dà al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda, y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata, ó leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos, ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda. (10)

---

(1) Ll. 3. tít. 13. Part. 5. y 10. tít. 2. lib. 1. Rec. de Cast. L. 4. tít. 5. lib. 1. Nov. Rec.
(2) Arg. de la ley 20. tít. 13. Part. 5. v. E. para esto ser bien guardado.
(3) Dha. ley 20.
(4) L. 2. tít. 13. Part. 5.
(5) L. 7. del mismo tít. y Part.
(6) L. 9. dicho tít. y Part.
(7) L. 20. del propio tít. y Part.
(8) L. 20. tít. 5. Part. 5
(9) L. 21. tít. 13. Part. 5
(10) La misma ley 21. dicho tít. y Part.

La hipoteca, segun hemos dicho, es: *un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato.* Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera, es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda, es aquella por la cual alguno ò algunos bienes se ligan espresa y determinadamente, y siempre están sujetos á la responsabilidad del débito y obligacion contraida, aunque pasen á tercero poseedor, hasta que se estingue. (1)

La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras cuatro maneras. La primera es convencional espresa, y se llama asì porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda, y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados por ministerio y disposicion de la ley, de lo cual darèmos despues los principales casos. La tercera se llama pretoria y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento. [*] La cuarta es la judicial, y se dà cuando por deuda se hace ejecucion en los bienes del deudor. (2)

Entre las hipotecas que hemos esplicado, se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ó judicial, hasta que la halla, ó se entreguen, ó haga la ejecucion en ellos, no quedan obligados; así, ántes de esto, y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar. (3) Se dife-

(1) Ll. 1. y 5. tít. 13. Part. 5.

[*] Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que dá el juez al demandador de algunos bienes del demandado, por la rebeldia de éste para comparecer ó para responder á la demanda. Véase el tít. 8. de la Part. 3. y el tít. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast. tít. 5. lib. 11 Nov. Rec.

(2) Ll. 1. y 23. tít. 13. Part. 5. y 1. tít. 8. Part. 3. y leyes 2. y 3. tít. 11. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ll. 2. y 3. tít. 5. lib. 11. Nov. Rec.

(3) Curia Filíp. lib. 2. Comerc. terr. cap. 3.

rencian entre sì la hipoteca pretoria y la judicial, en que en la pretoria siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y así todos tienen igual antelacion ò preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en éllos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

Visto ya qué cosa es hipoteca y como se divide; resta esplicar, qué bienes se entienden hipotecados en la general, y quienes son los que la tienen tácita. En la hipoteca general y obligacion de todos los bienes, no solo se comprenden los presentes que el deudor tenía al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de él adquiriere, aunque no se esprese; (1) como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mension de las deudas &c. no se comprenderían en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raíces. (2) [*]

Mas no vienen en la obligacion general de los bienes, el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario y otras cosas de su casa, necesarias al uso cuotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enagenar. (3)

Los que tienen tácita hipoteca en los bienes de otros son los siguientes. El fisco real en la cosa que se vende ó que pasa de unas partes á otras, por la alcabala y derechos reales que por razon de ello le son debido; (4) y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo ó derecho, real ó personal. (5) Así mismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él, ó cobran y arriendan los derechos reales ó administran sus cosas, desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion, pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote. (6)

La iglesia tiene tácita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben; (7) y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas, desde que la

---

(1) L. 5. tít. 13. Part. 5.
(2) Cur. Filíp. cap. 3. ya citado.
[*] Empañándose ó hipotecándose el título ó escritura de la cosa se tiene ésta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se esprese. Ley 14. tít. 13. Part. 5.
(3) L. 5. tít. 13. Part. 5.
(4) L. 8. tít. 18. lib. 9. Rec. de Cast. L. 9. tít. 9. lib. 1. Nov. Rec.
(5) L. 25. tít. 13. Part. 5.
(6) Ll. 23. y 25. tít. 13. Part. 5.
(7) L. 26. tít. 20. Part. 1.

empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen. (1) La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores, desde que conmenzaren á administrar sus rentas.

El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes, tienen tácita hipoteca en los de su tutor y curador, y sus fiadores y herederos, y personas que por ellos administraren la tutela; y tienen lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en el tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ó actor, ni en los bienes del magistrado que nombrò el curador. Ni en los bienes del menor tiene tácita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga. (2)

Si la muger viuda, que siendo tutora ó curadora de sus hijos, se casare otra vez, desde entónces los bienes de ella, y los del con quien casare, quedan obligados tácitamente á sus hijos, por los suyos, hasta que se les dé tutor ó curador, rindiendo cuentas de la administracion; (3) y así, para evadirse de esta obligacion el segundo marido, ántes de casarse haga que se les dé curador y se les dé cuenta con pago de sus bienes.

Tambien tienen tácita hipoteca el marido, por la dote que le es prometida con la muger, en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe; (4) y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella. (5) Del mismo modo, tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

Si el marido, ò la muger muriere, si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entónces sus bienes quedan obligados tácitamente à los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles. (6)

El legatario por el legado ó manda que le es dejado, tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia; y asimismo la tiene el que dá alguna cantidad para faccion, armason, ó refaccion de nave, casa ú otro edificio convirtiéndose en esto, y constando de ello. (7)

Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ó daño hecho en ella, en los bienes del alquilador. (8)

---

(1) Cur. Filíp. cap. 3. ya citado.
(2) Ll. 23. tít. 13. Part. 5. y 8. tít. 16. Part. 6.
(3) L. 26. tít. 13. Part. 5.
(4) L. 23. tít. 13. Part. 5.
(5) L. 17. tít. 11. Part. 4.
(6) L. 26. tít. 13. Part. 5.
(7) La misma ley 26.
(8) L. 5. tít. 8. Part. 5.

TÍTULO XVI.

De las promesas ù obligaciones de palabras.

Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de várias solemnidades: como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes y otras aun mas escrupulosas; nuestro derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo, que no haya diferencia entre pacto, promesa y estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometió cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes, ó sin autoridad de escribano. (1)

Es, pues, el pacto ó promesa: *un contrato por el cual una persona promete á otra, que le ha de dar ó hacer alguna cosa, en que convienen, con intencion de obligarse.* (2) Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambíguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedará obligado eficazmente á cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse. [*]

Segun lo dicho, puede hacerse la promesa estando presentes promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan; y si no están presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensagero cierto; y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estará obligado à pagarla. (3)

Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condi-

---

(1) L. 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec., que corrige y deroga la 2. tít. 11. Part. 5.

(2) L. 1. tít. 11. Part. 5.

[*] No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado, no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que parezca que quiso obligarse; y así, aun la ley 2. tít. 11. Part. 5. que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado, si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde: *por qué nó?* queda obligado como si dijese: *prometo.*

(3) Ll. 1. 2. y 3. tít. 11. Part. 5. y 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Castilla. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

cion ó á dia cierto; la cual division es clara, segun lo ya esplicado en el título de los legados, y de las instituciones de herederos. (1)

Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas. 1.° *Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obligacion de pagar hasta que se cumpla la condicion puesta.* (2) La razon es clara; porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y así donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y así queda al arbitrio del juez señalar hasta cuando podrá cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar. (3)

2.° *La condicion imposible vicia la estipulacion.* (4) La razon ya la hemos dado en otra parte, porque el que consiente en semejante condicion, ó está loco ó se burla.

3.° *Si la condicion imposible fuere negativa, v. g., te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal.* (5) La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede, ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y así es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

4.° *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado.* (6) Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer alguna cosa *cada año;* y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ó hacerla todos los años de su vida. (7)

5.° *El dia incierto del cual no se sabe si llegará, equivale à condicion.* La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y así ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te darè cien pesos el dia que te hagan presidente, que si digese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

6.° *La condicion negativa suspende el efecto de la pro-*

(1) L. 12. tít. 11. Part. 5.
(2) L. 12. v. la tercera manera de promision y ley 14. del mismo tít.
(3) L. 13. al princ. tít. 11. Part. 5.
(4) Véase á Gregorio Lopez en la ley 17. tít. 11. Part. 5. v. *si no tangeres* núm. 2.
(5) L. 17. tít. 11. Part. 5.
(6) Ll. 14. y 17. tít. 11. Part. 5.
(7) L. 15. del mismo tít.

mesa hasta la muerte. V. g., si yo digere á Ticio: te daré cien pesos si no contrageres matrimonio: en este caso nada recibirá miéntras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte, en virtud de la caucion Muciana; pero ésta no tiene lugar en los contratos.

7.º *En la promesa condicional se transmite la esperanza á los herederos;* (1) y así, si se me ha prometido dar ó hacer alguna cosa, si tal nave viniere de Cádiz á Honduras, y muero ántes que se cumpla esta condicion, mis herederos, si se cumpliere, la podrán pedir. (2) Al contrario sucede en los legados, porque el legatario ántes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos, mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

De cualquiera cosa que uno tenga suya, y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ó raiz; v. g., vestidos, alhajas de plata, oro, ó diamantes, tierras, casas, viñas, nacidas, ó por nacer; v. g., frutos, partos de siervas ó de ganados, se puede hacer promesa válidamente, aunque sea de lo nacido, con tal que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será válida, si no es que el no nacer provenga de culpa del promitente. (3)

Para que la promesa sea válida la ha de hacer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho ó buenas costumbres, porque si lo fuere ó interviniere dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ó juramento. (4) Mas si el promitente practica voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza, ni engaño para hacerlo; ántes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenìa. (5)

Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ó convencional, ò judicial. Convencional se llama, la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse si no se cumple la promesa al tiempo que se señaló; y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere; pero en estos casos queda

(1) L. 14. tít. 11. Part. 5.
2) Dicha ley 14.
(3) L. 20. tít. 11. Part. 5.
(4) Ll. 28. y 31. tít. 11. Part. 5., 1. tít. 10., y 7. tít. 33. Part. 7., y 2. tít. 16. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(5) L. 28. tít. 11. Part. 5.

á arbitrio del acreedor, ó exigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa. (1) La pena judicial es, la que se impone sobre promesa hecha en juicio; v. g., cuando uno fia á otro ante el juez, que estará à derecho con su contrario, ó que lo hará comparecer en juicio, bajo de cierta pena. (2)

Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho, (3) si no es que la nulidad de la promesa ò su defecto de valor, provenga de ser hecha contra ley ó buenas costumbres, (4) ò sobre matrimonio, (5) ó por ser usuraria, (6) ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño. (7)

TITULO XVII.

De la obligacion correal.

No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ó hacerlas ellos á otro: de suerte, que hay casos en que dos ó mas prometen á uno, ó este uno promete á dos ò mas, y esta es la que llamamos obligacion correal.

Esta materia, que parece bastantemente oscura, se hará clara si atendemos á una regla, y consiguientemente á su escepcion.

La regla es esta: *cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada prorata; y si se promete á dos ò mas, á cada una se le debe prorata.* (8) V. g., si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta; y si á Ticio y á mì se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir: que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida. (9)

De esta regla se esceptúa la obligacion correal; y así, si dos prometen la misma cosa á uno ó á muchos, de tal suerte, que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legítima la obligacion, y se llamarán *correos de prometer.* Del mismo modo, si se promete á muchos á un tiempo una misma cosa, de tal suerte, que el promitente se obligue á ca-

---

(1) L. 35. tít. 11. Part. 5.
(2) L. 36. tít. 11. Part. 5.
(3) L. 38. al principio tít. 11. Part. 5.
(4) Dicha ley 38.
(5) L. 39.
(6) L. 40.
(7) L. 28. dicho tít. y Part.
(8) L. 1. en el princ. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. y ley 10 tít. 12. Part. 5.
(9) Dichas leyes.

da uno por el todo, valdrá tambien su obligacion, y se llamarán *correos de estipular.* (1)

Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.º es, que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte, que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de ellos, y hacer que le pague toda la cantidad. (2) El 2.º efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas, aunque cada uno deba el todo. (3) La razon es, porque habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debia, no tiene ya accion para cobrar otra cosa. 3.º Que semejantes correos no gozan del beneficio de division, aun cuando no lo hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorece á los deudores. (4)

TITULO XVIII.

De las promesas de los siervos.

En este título no se trata cosa, que no se haya esplicado ya en otra parte. Por derecho de partidas, todo lo que el siervo adquiria de cualquier manera que fuese, lo adquiria para su señor como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil. (5) Mas como por derecho de Indias pueden tener peculio, y aumentarlo con lo que adquieran para sí; (6) [*] se sigue que en lo tocante á él pueden prometer y pactar libremente, quedando en todo lo demas obligados al servicio de su señor, para quien adquieren, como antiguamente estaba establecido, (7) pues solo se ha hecho en esta parte la mutacion de darles algun tiempo para que trabajen para sí.

TITULO XIX.

De la division de las estipulaciones.

A este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo

---

(1) L. 1. en el medio. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tít. 1. lib. 10. N. R.
(2) Dha. ley 1. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10 cit.
(3) L. 8. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 1. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. y ley 10. tít. 12. P. 6.
(5) L. 7. tít. 21. Part. 4.
(6) Arg. de la real cédula de 31 de mayo de 1789.
[*] Téngase presente siempre que se cite esta real cédula, que se halla suplicada, segun se ha dicho en otra parte.
(7) L. 3. tít. 29. Part. 3. y 7. tít. 21. Part. 4.

que se le podia sustituir está ya esplicado en los títulos anteriores, ó se esplicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, à dia cierto ó bajo de condicion: estas ó son válidas, de las que hemos tratado, ò inútiles, las que veremos luego.

TITULO XX.

De las promesas inútiles.

Las promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas. 1.ª Por las personas de los contrayentes, si estas no se pueden obligar. 2.ª Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si estas, v. g., están fuera del comercio, ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.ª Por el modo ó forma del pacto.

Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa, sirva de regla el axioma siguiente: *todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ò prometer.* De aquí se infiere: 1.° Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ó mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente, (1) todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros por falta de consentimiento. 2.° Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador; pero no prometer. (2) La razon es, porque cuando prometen se obligan, y asì hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas, obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3.° Tampoco vale la promesa hecha por el pródigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso. (3) Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido ó del juez por su falta ò renuencia, ni entre padre é hijos á no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses. (4)

Por razon de las cosas no es válida la promesa cuando se hace: 1.° De todo aquello que no está en el comercio, v. g., los templos, las plazas públicas &c. 2.° Cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad que están todavía por nacer, es vàlida la promesa. (5) 3.° La cosa que es ya nuestra inútilmente se nos

(1) L. 4. tít. 34. Part. 7.
(2) L. 4. tít. 11. Part. 5.
(3) L. 5. tít. 11. Part. 5.
(4) Ll. 2. 3. 4. y 5. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 11. 12. 13. y 14. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec. y 6. tít. 11. Part. 5.
(5) L. 20, tít. 11. Part. 5.

prometerá, pues ya no se nos puede dar, ni hacerse mas nuestra. 4.° Es inútil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ò de otra manera imposible. (1) 5.° Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrá segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es, á dar ó hacer en defecto del otro, ò solamente á procurar que el otro dé ó haga. (2)

Por razon del modo de contraerse la obligacion, no teniéndose consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá sea en favor de otros, ò entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide; y solo serà inútil por la ambigüedad de las palabras, ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse. (3)

TITULO XXI.

De las fianzas y fiadores.

La fianza es: *un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó à cumplir la obligacion de otra;* y fiador se llama aquel que da su fé y seguridad, prometiendo á otro hacer ó pagar alguna cosa, por ruego ò mandato del que le mete en la fianza. (4)

De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas, que aclaran casi cuanto hay que decir sobre esta materia. 1.° *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento.* (5) 2.° *La fianza es un negocio civil y propio de solos los hombres.* (6) 3.° *La fianza es un contrato accesorio*, pues ha sido inventado para seguridad del acreedor, el que no queda defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar. (7)

Veamos ahora quiénes pueden ser ò no fiadores. Segun el primer axioma, pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue, pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen; los

---

(1) L. 38.

(2) Ll. 11. tít. 11. Part. 5. y 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(3) L. 2. tít. 11. Part. 5.

(4) L. 1. tít. 12. Part. 5.

(5) Arg. de la ley 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10.

(6) L. 2. tít. 12. Part. 5.

(7) L. 5. tít. 12. Part. 5.

pródigos que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de su padre ó curador. (1)

Atendido el segundo axioma, no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos reglares, ni los caballeros, ó soldados que están en el real servicio, especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los siervos, á ménos que tengan peculio, y en este caso podrán serlo hasta en su importe y nada mas. (2) Los clérigos seculares ordenados *in sacris*, solo pueden fiar á otros clèrigos, á iglesias, ò á personas miserables. (3) Del mismo axioma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras, y se lo prohibe espresamente el derecho, así en consideracion al decoro de su sexo, como tambien al peligro á que se espondrian de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas. (4) Mas si la muger otorgare la fianza, será válida en los casos siguientes. 1.° Por causa de libertad, v. g., fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2.° Por razon de dote, v. g., si la ofrece á otra muger para casarse. 3.° Si sabiendo que la está prohibido ser fiadora, y estando cerciorada del auxilio del derecho fia no obstante, renunciàndolo de su espontánea voluntad. 4.° Si subsiste en la fianza dos años y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito. (5) 5.° Si recibe precio por ser fiadora. 6.° Si se viste de varon ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7.° Si fia por su hecho propio, v. g., á quien la fió ó por su utilidad, ó en otra manera semejante. 8.° Si es instituida por heredera de los bienes del que fiò. (6) 9.° Por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento ò quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido, (7) pues como la dote y fisco corren parejas en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion. (8)

---

(1) Arg. de la ley 1. tít. 12. Par. 5.
(2) L. 2. tít. 12. Part. 5.
(3) L. 45. tít. 6. Part. 1.
(4) L. 2. tít. 12. Part. 5. al fin.
(5) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.
(6) Véase la ley 3. tít. 12. Part. 5.
(7) L. 27. § 5. tít. 11. lib. 9. de la Rec. de Cast. Véase la L. 2. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.
(8) L. 9. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast. que es la 61 de Toro. L. 3. lib. 11. tít. 10. Nov. Rec.

Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte, puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente y sí el fiador, v. g., si uno se constituyó fiador por un siervo que no tiene peculio. (1) Se esceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal, como sucede en la fianza de las mugeres; y así, si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaria obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdria la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor, que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ó curador, pues está declarada por de ningun valor semejante obligacion y cualesquiera contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera cláusulas y firmezas. (2)

Del mismo axioma se deduce, que el fiador no puede obligarse á mas que el deudor principal, [*] pues seria cosa ridícula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho, será nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el esceso. Este puede ser de cuatro maneras: por cantidad, por razon de lugar, por tiempo y por razon de algun nuevo gravámen añadido á la obligacion. Se obligará en mas del primer modo, cuando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, cuando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado, el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, cuando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debia el principal. Y del cuarto, cuando el fiador prometiere pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion. (3) Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion, que establece: que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentò obli-

---

(1) L. 5. tít. 12. Part. 5.

(2) L. 22. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 17. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

[*] Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado; y así, segun decíamos poco ántes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

(3) L. 7. tít. 12. Part. 5.

garse, (1) no habrá dificultad en decir, que si el fiador sabia y entendia que se obligaba á mas que el principal, y así fuè su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equívoco se obligó á mas.

Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es, quedar el fiador obligado á pagar, no haciéndolo el deudor en el tiempo que debia. (2) Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, prorata, ó cada uno por el todo; como fiadores, ó como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedarán obligados á pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere, por el todo, ó á prorata á su eleccion, y pagàndole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ó algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda. (3)

Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos prorata, quedaràn obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligado así. (4) Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrán ser reconvenidos ántes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.° Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion, pues entònces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos, que el deudor no tiene bienes. 2.° Cuando éste es notoriamente pobre, pues entónces deben absolutamente pagar por él. 3.° Cuando el deudor está fuera del lugar; pero en este caso si piden término al juez para presentarlo, se les concederá; y no presentándolo dentro de él, pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4.° Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.° Cuando no oponen la escepcion de la escusion ántes de la contestacion. 6.° Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fàcilmente por razon de su persona, lugar ò privilegio, y algunos otros que trae Febrero. (5)

Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya

---

(1) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(2) L. 8. tít. 12. Part. 5.

(3) Ll. 8. y 10. tít. 12. Part. 5.

(4) Gregorio Lopez en la ley 8. tit. 12. Part. 5. Febr. libreria de escrib. cap. 4. § 5. núm. 127.

(5) L. 9. tít. 12. Part. 5. Febr. libr. de escr. cap. 4. § 5. núm. 127.

propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal y renunciando el beneficio de la escusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos prorata àntes que él, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ó se obligan de mancomun por el todo *in sòlidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres, y el hombre à cuanto se obliga á tanto queda obligado. (1)

Los beneficios que competen á los fiadores y de que ya hemos hecho mencion, son tres. 1.° El beneficio de *division:* 2.° *el de órden ó de escusion;* y 3.° el de *cesion de acciones.* El beneficio de la division tiene lugar, cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entónces si todos tienen con que pagar, no estará obligado uno solo á pagar el todo, sino que cada uno pagará prorata la parte que le toque. (2) El beneficio de órden ó de escusion, se diferencia bastante del anterior, pues con éste intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen, y vendan sus bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

El tercer beneficio es, que el fiador no estè obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe, pues, el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean personales, reales ó hipotecarias; y asimismo dar poder al fiador para exigir del deudor principal y demas fiadores lo que pagò por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto;* (3) y tambien entregarle todos los títulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelacion y seguridades; porque si no lo hace, no podrá repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe, pues, el fiador ser compelido á pagar, hasta que se le dé el lasto, no obstante que esté condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que lo renuncia, y así solo podrá repetir contra el deudor principal, como que paga por él, é hizo su negocio.

Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quién la satisface; si por el deudor principal,

---

(1) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(2) L. 10. tít. 12. Part. 5.
(3) L. 11. tít. 12. Part. 5.

ó por sì como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entónces no lo hace, no puede pedírselo despues, si no es que ántes pactasen que se lo habia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrá contra éste el regreso por la accion *negotiorum gestorum.* Si hace la paga por el deudor principal, le competirá únicamente contra él la accion, por la razon espuesta; y así en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga, espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor á que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ó prorata á los demas fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor á que le dé el lasto, porque miéntras no está reintegrado, no se estingue ni espira la obligacion principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones. (1)

TITULO XXII.

De las obligaciones de letras.

Hemos esplicado ya todo lo perteneciente à los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: síguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribió nada haya recibido. Esta obligacion decimos que es: *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale ú otro instrumento, que ha recibido cierta cantidad por causa de mútuo, y no lo ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona.* (2)

Podemos, pues, reducir esta materia á tres axiomas. 1.° *El fundamento de esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo, que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaría el dinero que necesita.

(1) Ll. 11. tít. 12. y 45. tít. 13. Part. 5.
(2) L. 9. tít. 1. Part. 5.

ba. Si se verificare, pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibió el dinero.

2.° *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mútuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mútuo, por lo comun se haya urgido de la necesidad y procura por todos medios dar gusto al acreedor, para inducirlo al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es, pues, muy fácil que el mutuario se deje persuadir á dar el recibo ó instrumento, ántes de recibir la cantidad que solicita.

3.° *Del instrumento ó vale, dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

Del primer axioma se colige: 1.° Que ántes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace sì, accion de mútuo; pero entònces debe probar el actor que lo dió. Nace tambien accion, en virtud del instrumento; pero esta la destruye el reo fácilmente, oponiendo la escepcion de la *non numerata pecunia.* Pero la verdadera accion del contrato de letras que escluye toda escepcion, no compete, sino hasta pasados los dos años. 2.° Que el autor del instrumento, puede y debe repetirlo dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentàndose al juez, pidiéndole mande al que tiene sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que en ellas se daba por recibido. (1) Mas esta queja, y cualesquiera protestas del reo no tendrán lugar, siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento en que el acreedor asegura que recibió el dinero, ó si la entrega se hizo ante testigos.

Aunque nuestro derecho dice, que pasados los dos años sin quejarse el mutuario ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se dá por entregado en ellas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavía la escepcion de la *non numerata pecunia,* siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aquí infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula guarentigia, [*] pues trae aparejada ejecucion,

---

(1) L. 9. en el medio tít. 1. Part. 5.

[*] Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza, seguridad.* Se reduce, pues, la cláusula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder á todos los jueces, que del contrato que se habla, deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juz-

no obstante, si no han pasado los dos años prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el acto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el acto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ó pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se debería decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion; y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque lo reconozca ántes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirá perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio ejecutivo; (1) y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en vía ordinaria se le oirá, y probándola en èsta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido. (2)

TITULO XXIII.

De los contratos consensuales.

La última especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberíamos decir, que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llámanse, pues así, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mútuo consentimiento, y así en ellos nace la obligacion luego al punto que se convinieron las partes. V. gr., entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa, y en el precio, nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario: entre el mutuante y mutuario, mientras no se entrega

---

gada se tiene absolutamente por verdadera ; y asi queda él obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo debe ser compelido á ello.

(1) Ll. 2. 3. y 19. tít. 21. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ll. 1. 2. y 12. tít. 28. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Véase sobre este punto á Febrer. juicio ejec. lib. 3. cap. 2. § 1. núm. 21. y sig. y § 4. núm. 269. y 270. Gómez tom. 2. Varresol cap. 6. al núm. 3. y á Sala en la nota al §. un. de este tít.

la cosa fungible no nace la accion de mútuo, aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y así producen accion por una y otra parte: v. g., de compra y venta, de locacion conduccion, de mandato &c. àmbas directas, ó una directa y otra contraria. 2.° Todos estos contratos son de buena fé por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos están obligados los contrayentes á prestarse mútuamente varios oficios. Segun esto se puede inferir, que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fé siendo reales. 3.° Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mútuo consentimiento.

Los contratos de esta naturaleza son, la compra y venta, locacion, conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato.

TITULO XXIV.

De la compra y venta.

El primero de los contratos que se perfecciona por el consentimiento es la compra y venta, la cual es: *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes de entregar una cosa determinada por cierto precio.* (1) Este contrato, pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ámbas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa; pero si se transfiere ó nó el dominio, no es del caso en la compra y venta.

De esta definicion se infiere claramente, cuáles sean los requisitos esenciales de este contrato. Obsérvese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales*, otras que llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales à un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio. V. g., sin precio no subsiste la compra, y así no habiéndolo, pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin paga, y si falta ésta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la paga para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero por pacto de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato: v. g., en la compra quieren las leyes

(1) L. 1. tít. 5. Part. 5.

que el vendedor esté obligado al comprador á la eviccion; (1) con todo, se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello, que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes: v. g., que el precio consista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes; y así, en estos particulares se guardarà lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

Con lo esplicado hasta aquí, se viene en conocimiento, que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato. La 1.ª el consentimiento: la 2.ª una cosa vendible; y la 3.ª el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaría de ser contrato de compra y venta. (2) De estos tres requisitos tratarémos en este título.

El primero es el consentimiento, el cual solo, es bastante para producir obligacion, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa que su perfeccion á mas del consentimiento, de aquí es, que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa; (3) y así, no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradicion de la cosa; (4) por lo cual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas, ó procuradores. (5) Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero ésta no es la que perfecciona el contrato, pues aun ántes de que se verifique están obligados los contrayentes; y así, la entrega es una parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra: no dirèmos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, si no que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consectario admite algunas escepciones, y se dan varios casos en que con solo el consentimiento no está perfecta la compra; v. g., si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ámbos. (6) Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva; v. g., te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas: no se perfeccionará esta venta hasta que se cumpla el año, sin que resulte mejor pos-

(1) Ll. 32. y 33. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 1. tít. 5. Part. 5.
(3) L. 6. del mismo tít.
(4) Arg. de las leyes 6. y 8. del dicho tít.
(5) L. 8.
(6) L. 6. tít. 5. Part. 5., y ley 3. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.

tor. (1) Si la cosa vendida es de las fungibles y todavía no se ha contado, pesado ó medido. (2) Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar ántes de comprarse, no se perfeccionará la compra àntes de que se guste. (3)

El segundo consectario que se deduce de lo dicho, es que ántes de perfeccionarse el contrato, será lícito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto, de ninguna suerte, si no es por mútuo disentimiento. (4) Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa. (5)

Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de él, siempre que èstas se hayan dado por parte del precio, ó en señal de la perfeccion del contrato; (6) pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrá dificultad en que perdiéndolas, desista el que no quiera estar á lo pactado. [*]

Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consectarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos: *un acto de la voluntad con el cual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento, se inclina la voluntad à conseguirla.* De donde se deduce, que impiden el consentimiento: el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho, que en estos casos no vale la venta ó compra, (7) pues no aprobamos libremente aquello á

(1) L. 40. del mismo tít.
(2) L. 24.
(3) Dicha ley 24.
(4) L. 6. tít. 5. Part. 5.
(5) Ll. 7. tít. 5. Part. 5. y 2. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(6) L. 7. tít. 5. Part. 5. v. Pero si quando el comprador.
[*] Con la esplicacion dada se concilian las leyes 7. tít. 5. Part. 5. y 2. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras. Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley, lo 1º que habla del caso en que no está perfecta la compra; á lo cual dá márgen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.º que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir, que las arras serían dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra, ó parte del precio. Véase á Hermosilla en las adiciones á la glosa 1., y especialmente de la 3. sobre la ley 7. tít. 5. Part. 5. fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo, en la ley 2. tít. 10. del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras: *pierda la señal que dió.*
(7) Véanse las leyes 3. y 57. tít. 5. Part. 5.

que por fuerza ó miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la pública utilidad, ó alguna otra causa favorable. 1.º En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo. (1) 2.º En favor de la religion; v. g., si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3.º en favor de la libertad; v. g., cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos lo quiere manumitir: en este caso, el otro está obligado á vender su parte. (2) Tambien puede ser compelido à vender su siervo el señor, cuando lo trata con demasiado rigor, ó no le dá los alimentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon. (3) Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

Acerca del dolo ó engaño, qué efectos producirá en la venta, se debe distinguir: si el engañado estaba determinado á vender, ó nó: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ó estimacion de la cosa, subsistirà la venta, con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio; pues si lo fuere, tendrá accion el vendedor á que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio. (4) Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocia lo que vendía é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas, que le sugirió el que deseaba comprar, en este caso se podrá rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por ménos de lo que vale la cosa. (5)

Finalmente, el error tambien impide el consentimiento; pues si yerro en la cosa, no conciento en aquella, sino en otra que entónces se presentaba á mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental.* Si es esencial, el contrato es nulo: (6) si accidental, subsiste la compra, y se dá al que erró, accion para que se le restituya todo aquello que vale ménos la cosa. (7) Llamaremos error esencial, cuando erramos en la cosa misma: v. g., comprando laton por oro; (8) ó en el cuerpo de la cosa: v. g., por comprar à Ticio siervo, comprar á Estico. (9)

---

(1) Véase á Febrero cap. 7. de la librería de escrib. §. 1. núm. 17., y á Hermosilla en la ley 3. tít. 5. Part. 5. glos. 1.
(2) Ll. 2. tít. 22. Part. 4. y 3. tít. 5. Part. 5.
(3) Ll. 6. tít. 21. Part. 4. y 3. tít. 5. Part. 5.
(4) L. 5. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(5) Véase la ley 57. tít. 5. Part. 5. y la ley 2. tít. 11. lib. 5. R. L. 3. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(6) L. 21. tít. 5. Part. 5.
(7) Dicha ley 21.
(8) La misma ley.
(9) L. 20. del mismo tít.

Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inútil: v. g., si compramos por sano un siervo que es loco ó tullido. Será finalmente accidental el error, cuando erráremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad. (1)

Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: síguese el segundo, que es *la cosa vendible.* Acerca de esto sea 1.º axioma: *Todas las cosas que están en el comercio se pueden vender, ahora existan ó haya esperanza de que existirán.* (2) Segun esto se pueden venden las cosas futuras: v. g., los frutos ó cosa del año venidero, (3) las cosas incorporales: v. g., el derecho á una herencia; (4) y aun las cosas agenas por razon de estar en el comercio pueden ser vendidas. (5) No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho á salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre; sino porque de este contrato nace accion y obligacion, entre el comprador y vendedor. [*]

Puede tambien venderse la cosa que se tiene en comun con otro, satisfaciéndosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division. (6)

2.º axioma. *No pueden venderse las cosas que están fuera del comercio.* De aquí se deduce la razon porque no pueden venderse las cosas sagradas, si no es que se vendan como accesorias á algun territorio ó señorío, (7) ó por causa de necesidad, ó utilidad de la iglesia; (8) ni las cosas públicas, como las calles ó plazas, (9) ni tampoco el hombre libre. (10)

---

(1) L. 21. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 11. tít. 5. Part. 5.
(3) Dha. ley 11. y 12. del mismo tít.
(4) L. 13.
(5) L. 19. tít. 5. P. 5. y ley 6. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
[*] Acerca de este caso dispone la ley 19. tít. 5. P. 5.: que si el comprador sabe que la cosa es agena cuando la compra, no está el vendedor obligado á restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fé; si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fé, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor, no solo á restituirle el precio, sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Véase tambien la ley 6. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(6) L. 55. tít. 5. Part. 5.
(7) L. 15. del mismo y Part.
(8) Ll. 2. tít. 14. Part. 1.
(9) Dha. ley 15. tít. 5. Part. 5.
(10) La misma ley 15. y la 8. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real

3.° axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por esta razon no se pueden vender armas, municiones ni víveres á los enemigos del reino: (1) las cosas venenosas, si no es que se vendan para formar de ellas medicamentos. (2) Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor de hurto. (3)

Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio*, se pueda llamar asì todo aquello que se dá por otra cosa, con todo, en su rigurosa significacion, se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe. (4) De aquí sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ó permuta: si se dá dinero contado por la cosa, será compra; y si se dá una cosa por otra, será cambio ó permuta. (5)

A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres condiciones: esto es, ha de ser *verdadero, justo y cierto.* Por verdadero tendremos á aquel precio que es real y no imaginario ó simulado; como sería si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda: lo cual no se deberìa llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien, que el precio debe ser *justo.* Es verdad que cuando éste no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor alegare que ha sido dañado, se rescindirá ó nó el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valía diez se vendió por ménos de cinco pesos, estarà obligado el comprador à una de dos, ó á suplir el precio justo que valía la cosa al tiempo que la compró, ó á volvérsela al vendedor, tornàndole el precio que recibió. (6) La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues. (7) Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del jus-

(1) L. 22. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 17.
(3) Ll. 16. tít. 11. lib. 5. y 5. tít. 20. lib. 6. de la Rec. de C. L. 16. tít. 1. y 6. tít. 12. lib. 10. Nov. Rec.
(4) Prólogo y ley 1. tít. 6. Part. 5.
(5) El mismo prólog. y ley 1. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real.
(6) L. 56. tít. 5. P. 5. y ley 1. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(7) La misma ley de Rec. al fin.

to precio, no compete accion alguna, ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fè en su celebracion, (1) y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años. [*]

Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes; (2) ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar; (3) como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales. (4) Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama así, cuando el precio es dos ó tres tantos ménos de la mitad del justo, á diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se dá poco ménos de la mitad del justo precio. (5) [*]

Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convencion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse, y así: 1.° Será cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y éste lo señala, á cuya decision se debe estar, si no es que fuese desproporcionado; en cuyo caso, se debe enmendar á juicio de hombres buenos. (6) 2.° Tambien

---

(1) L. 2. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 3. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

[*] Para mejór inteligencia de lo dicho, se advierte, que el justo precio, es de dos maneras: uno legítimo y otrò natural. Legítimo es, el que por ley, Príncipe ó república es determinado, y así, consiste en punto indivisible. Natural es, el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo é ínfimo: v. g., el medio será diez, el supremo once, y el ínfimo nueve. Para graduar estos precios, no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo, sino la comun estimacion del precio, que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane, ó pierda mucho.

(2) L. 3. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 4. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(3) L. 6. tít. 11. lib. 5. Rec. L. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(4) Ll. 18. y 20. tít. 7. lib. 9. Rec. de Cast. Estas Ll. no se insertaron en la Nov. Rec.

(5) Ll. 16. al fin tít. 11. Part. 4. y 56. tít. 5. Part. 5. Véase la Curia Filípica lib. 1. comerc. terrestre cap. 12. núm. 28, 29, 32, 33 y 34.

[*] Hay otra diferencia entre la lesion enorme y enormísima, y es, que para remediar la primera solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.; pero para la segunda, la hay hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6. tít. 15. lib. 4. Rec. L. 5. tít 8. lib. 11. Nov. Rec.

(6) L. 9. tít. 5. Part. 5.

será vàlida la venta si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c., si allí se encontrase alguno; pero no, si nada hubiese (1) 3.º Será ademas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se compró, habiéndose verdaderamente comprado por algun dinero. (2) Pero 4.º no valdrá la venta en el caso de que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sugeto incierto. (3)

Restan todavía várias cosas dignas de saberse, acerca de este contrato. 1.º quiénes pueden comprar y vender: 2.º qué obligacion nace de la compra y venta: 3.º á quién pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4.º qué acciones nacen de dicho contrato.

1.º Como segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiènto, es evidente, que todos aquellos pueden comprar y vender, que pueden consentir libremente (4) ya sea por palabra, por carta ó mensagero. (5) Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar, ni los mercaderes venderles: (6) como tampoco á los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio. (7) Se esceptùa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses, ó cuasi castrenses, que valdría por haberse en éstos como padre de familias. Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno, no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial; (8) y aun de esta suerte, ha de redundar la venta en su utilidad, pues si nò, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad; y si dichos tutores &c. los compran pública ó privadamente, están obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta. (9)

Los clérigos están privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por sí mismos ó por medio de otro, tanto por derecho canónico, (10) como por el real (11) El adelantado y juez tampoco puede comprar por sí, ni por medio

---

(1) L. 10. del mismo tít.
(2) Dha. ley ya citada.
(3) Dicha ley 9.
(4) L. 2. tít. 5. Part. 5.
(5) Ll. 8. y 48 del mismo tít.
(6) L. 22. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 17. tít. 1. lib. 10. Nov. R.
(7) L. 4. tít. 7. lib. 1. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 8. lib. 10. Nov. Rec.
(8) Entiéndese de los raíces y muebles preciosos.
(9) L. 4. tít. 5. Part. 5. y ley 23. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 12. lib. 10. Nov. Rec.
(10) Concil. Trid. sess. 22. de refor. cap. 1. y la *Bul. Apostolicae servitutis* de Bened. *XIV.*
(11) L. 46. tít. 6. Part. 1.

de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado, (1) ni casa, heredad ú otra alhaja raíz en el lugar en que egercen jurisdicion; pero sí vender las que tienen en él. (2)

2.° La obligacion que nace de este contrato es, de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor: esto lo puede hacer de dos modos, ó pagándolo efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de èl. De aquí es, que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de èl, no se transfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion; (3) y así, no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

El vendedor está obligado á entregar la cosa, y mientras que no la entrega, no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar á otro á un contrato que rehusa él mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ámbos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella; y el vendedor aunque recibe el precio, se deshace de su cosa. Ahora, pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ámbos contrayentes, se prestan mútuamente hasta la culpa leve, se sigue, que en este contrato estarán obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve. (4)

3.° Veamos ahora á quién pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa. (5) Por utilidad todas aquellas ventajas ó aumentos que nazcan de la cosa vendida. (6) El sentido pues de la cuestion es este: si una cosa se ha vendido y aun no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, ¿á quién pertenece este daño? Mas: si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ó mejora; v. g., si en la cosa vendida se encontrase un tesoro, ¿á quién pertenecerá esta utilidad, al comprador ò al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente: que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al com-

---

(1) L. 5. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 24. tít. 8. lib. 2. de la Rec. L. 2. tít. 26. lib. 5. Nov. Rec.
(3) L. 46. tít. 28. Part. 3.
(4) L. 23. tít. 5. Part. 5.
(5) L. 3. tít. 2. Part. 5. v. *E por ocasion.*
(6) L. 24. tít. 5. Part. 5. v. otro si decimos.

prador el peligro y utilidad de la cosa comprada. (1) Pero se esceptúan cuatro casos. 1.º Si pereciere por dolo, culpa lata ó leve del vendedor. (2) 2.º Si se pactase que el peligro sea del vendedor. (3) 3.º Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ó medidas, y de las que se acostumbran gustar préviamente, pues ántes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato, (4) aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio. [*] 4.º Si el vendedor fuere moroso en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por éste ante testigos. (5)

De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro, y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podría alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen *que la cosa perece para su dueño*; que ántes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor; y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿cómo, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavía éste dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce; siendo, pues, del vendedor la cosa ántes de la tradicion, ¿cómo ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde: que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente constante en derecho: este es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber; de la cosa vendida. Ahora, pues, como el deudor de cierta especie pereciendo ésta, se libra de toda obligacion y nada mas debe, (6) se sigue, que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debía entregar, se libra al instante; y así, el peligro no es de él, sino del compra-

---

(1) L. 23. tít. 5. Part. 5.
(2) Arg. de dicha ley 23.
(3) L. 39. tít. 5. Part. 5.
(4) L. 24. del mismo tít.
[*] Acerca de este tercer caso, se debe advertir, que si habiéndose señalado dia para gustar, medir ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entónces es de su cuenta el peligro, y no señalándose dia, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiéndole citado ante testigos no comparezca á medirla, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador será siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Véase la ley 24. del mismo título.
(5) L. 27. tít. 5. Part. 5.
(6) Arg. de la ley 41. tít. 9. Part. 6.

der. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños, pertenezcan las utilidades, infirieron legítimamente los jurisconsultos, que debian ser del comprador cuantas hubiese. (1)

4.° Falta tratar de las acciones que nacen de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral; y así, se obliga uno y otro contrayente. Nacen, pues, de él dos acciones. La obligacion de ámbos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aquí sigue, que ámbas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta.* Estas acciones se distinguen por el actor: si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa, se llamará *accion de compra*; y si el vendedor solicita que se le pague el precio, se llamará *accion de venta.* Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se da al comprador ó á su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ó su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se da á efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el dia del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La accion de venta se da al vendedor que ya entregó la cosa ó á su heredero, contra el comprador ò su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga y la restitucion de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

A mas de las dos acciones ya esplicadas, hay otras dos peculiares del comprador, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices, v. g., heredad ò campo que cria malas yerbas, casa ú otro edificio que debe servidumbre, ó tributo, ó muebles; v. g., mercaderías, libros; ó semovientes como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ò maldad oculta, lo cual no habiéndosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor, dentro de los seis meses primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyèndosele el precio y volviendo él la cosa. (2)

(1) L. 23. tít. 5. Part. 5.
(2) L. 63. tít. 5. Part. 5.

No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria ó cuanto minoris* á efecto de que el vendedor le devuelva el ménos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ó vicio, que le ocultó; de suerte que en el preciso término de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado ninguna puede intentar. (1) Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrá despùes pretender cosa alguna. (2) [*]

§. 1.

De las condiciones ò pactos que se pueden poner en la celebracion de la compra y venta.

No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades que podemos llamar pactos añadidos.

Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados: *de retrovendendo, comisorio y addictionis in diem.* (3) Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad, y condicion de que para cierto dia, mes y año, ha de restituir el comprador la misma cosa vendida al que se la vende ó á sus herederos, en la forma que la recibe sin deterioro alguno, volviéndosele el precio; y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido, y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en éstos términos la venta, es lícito el contrato, (4) y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla, hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que si

---

(1) L. 65. tít. 5. Part. 5.

(2) L. 66. del mismo tít.

[*] Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa la vendiere con buena fé, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero sí á volver el mas valor que recibió por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr. lib. de escr. cap. 7. §. 1. núm. 56.

(3) Ll. 38. 40. y 42. tít. 5. Part. 5.

(4) L. 42. tít. 5. Part. 5.

no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Cuyo pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato, (1) y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella y por lo mismo el vendedor gana la arra ò señal; bien que puede elegir uno de dos medios, que son: ó pedir todo el precio, y que entónces subsista el contrato, ó no querer que este valga y retener la arra; pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion. (2)

Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole éste la señal ó parte del precio que recibió y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores, y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deteriorò por su culpa mientras la poseyó, está obligado á reintegra al vendedor su decremento. (3)

Cuando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador, que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviéndosele el precio que entregó y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion. Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion. (4)

Este pacto será válido concurriendo las circunstancias siguientes. 1.ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.ª Que el vendedor ó su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.ª Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendió, sin mejoras ni aumentos. Con cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato. (5)

---

(1) L. 38. del mismo tít.
(2) Dicha ley 38.
(3) L. 38. al fin.
(4) L. 40. del mismo tít.
(5) Dha. ley 40. tít. 5. Part. 5. al fin.

§ II.

Del retracto ó tanteo.

El retracto en general, se puede decir que es: *un derecho que por ley, costumbre ó pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer à sí por el mismo precio, dentro del término prefinido por derecho la finca ò posesion vendida á otro.*

En España se conocen cuatro géneros de retracto, á que en castellano se llama *tanteo.* El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término, ó cuando quiera, restituyéndole el precio recibido; y este es el pacto de *retrovendendo* de que hablamos poco ha. El segundo tiene lugar cuando el que posée algun castillo ó fortaleza, intenta venderlo ó permutarlo, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del comprador, y precio que por él da, para que si lo quiere, lo retraiga por el tanto. (1) El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de algun bien raiz. (2) El cuarto, finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legítimos por su òrden, dentro del cuarto grado civil, recto y transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores; y por los ausentes sus apoderados con poder especial. (3)

La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores; ya sea por la utilidad que esperimentan en conservarlos en sí, ya porque les es sensible el que salgan de la familia. Concede, pues, el derecho esta facultad, no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ellos la misma razon; pero no á los espúrios por no reputarse por conocidos sus padres.

En virtud del derecho que hemos esplicado, queriendo el dueño de alguna finca, ó alhaja inmueble patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á estraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla, es preferido por el tanto al comprador es-

---

(1) Ll. 1. tít. 18. Part. 2. y 2. tít. 10. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 7. tít. 5. lib. 3. Nov. Rec.

(2) L. 55. tít. 5. Part. 5.

(3) L. 13. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real y leyes 6. y 7. tít. 7. lib. 5. del Ordenam. y 230. del Estilo.

traño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo ántes que la finca se vendiese, todavía puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueve dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador estraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo, ni con fraude. Y si entónces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano. (1)

Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca, justificando sérlo, retraerla por el tanto, si el consocio quiere vender su parte á estraño; sino tambien despues de vendida ésta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues; con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo. (2) Mas esto se entiende cuando ámbos poseen la cosa pro indiviso, pues si está dividida real y demostrativamente y cada uno posee su parte separada, ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios, ni tienen comunion en ella.

Siendo muchos los socios puede cada uno in sólidum retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no con igualdad. Pero si el socio vende á uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla, ni quitarla por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion, el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfiteuta ó dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarlo y percibir sus frutos con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores cierto rèdito ò pension anual. Ahora, pues, si el señor del dominio directo, ó de la area, ó suelo lo vende á estraño, pueden retraerlo por el tanto el superficiario y enfiteuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias referidos. Si estos venden el útil, puede retraerlo aquel dentro del mismo término, en caso que ninguna pension anual le paguen, pues si la pa-

---

(1) L. 7. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 13. lib. 10. Nov. Rec. que es la misma ley 13. tít. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 55. tít. 5. Part. 5.

gan, deben para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si lo quiere por el mismo precio, á fin de que lo tome pues es preferido, ó permita que se venda á otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderlo, y el señor sin accion por aquella vez á tantearlo, y sí solo al laudemio, que por la venta se cause.

Si el señor y el superficiario ó enfitéuta, concurren con el consanguíneo ó con el socio, ó con ámbos, preferiràn aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario y al enfitéuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca; y al socio, el superficiario y el enfitèuta. Y si estos tres, y el señor concurren con el consanguíneo, le preferirán por el órden con que quedan nominados; de modo que el consanguíneo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos, ó con cada uno solo: el socio cede al superficiario y al enfitéuta, y estos dos al señor del suelo. (1)

§. III.

Del trueque ò cambio.

El trueque ò cambio, que tambien se llama permuta, es: *un contrato por el cual se da una cosa cierta, por otra tambien cierta.* (2) Se diferencia de la venta, en que por esta se da precio en dinero contado y por el cambio no, sino una cosa por otra; (3) y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio. (4)

Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera, por palabras simples sin otorgamiento ni promesas; la segunda, por palabras recìprocas de àmbos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es, cuando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ó ámbos: y de la misma manera que los que venden, están obligados los que cambian à la eviccion y saneamiento de lo que truecan.

Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques; y todas las cosas que pueden ser vendídas, se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas,

(1) L. 13. tít. 11. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 8. tít. 13. lib. 10. Nov. Rec.
(2) Prol. y ley. 1. tít. 6. Part. 5.
(3) L. 1. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real.
(4) Ll. 1. y 4. tít. 6. Part. 5.

ha de intervenir licencia del prelado eclesiástico en cuya diócesi estàn. (1)

No se perfecciona el trueque hecho con palabras simples hasta que ámbos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, si no entrega al otro la suya no queda perfecto, y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena, á ménos que en la escritura se la impongan, ó que el otro contrayente haya sido dañado. (2)

Si el trueque se hace con palabras y promesa, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil; lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples. (3)

TITULO XXV.

De. la locacion conduccion.

El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por él *se dá el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga.* (4) Decimos que la locacion es, *un contrato consensual,* porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade, que por él solo se concede *el uso,* porque aquí no se trata de transferir el dominio como en la venta, ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque si no es así, no será locacion conduccion, sino comodato, ú otro contrato innominado. (5)

Por lo que hace á la division, este contrato se divide, en locacion conduccion de cosa, y se verifica cuando se concede el uso de alguna, por cierta merced: v. g., una casa, un vestido: de obras, cuando se hacen algunas mecànicas convinièndose en el estipendio; como cuando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino; ó de obra, cuando se promete hacer alguna por cierta merced: v. g., si la república contrata con un arquitecto que le haga un puente por

(1) Ll. 63. al fin tít. 5. Part. 1. y 2. tít. 6. Part. 5.
(2) Ll. 2. tít. 11. lib. 3. del Fuero Real, y 3. tít. 6. Part. 5.
(3) L. 3. tít. 6. Part. 5., y 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(4) L. 1. tít. 8. Part. 5.
(5) La misma ley 1. en el medio

tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar, que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: así, el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*, el que un campo, se llama *colono ó arrendatario*, el que tributos ó alcabalas *publicano*, y el que obras *redemptor*.

A mas de esto nuestras leyes distingen *arrendamiento, flete y alquiler*. Arrendamiento se dice, la paga que se dá por el uso de una heredad: flete, la que se dá al dueño de un navío por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler, la paga que se dá por el uso de cualquiera otra cosa. (1) Generalmente hablando, en este contrato, el que dá la paga se llama *conductor*, y el que la recibe *locador*.

Pasemos á los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes á los de la compra y venta. Así, pues, como para ella eran necesarias tres cosas, á saber: consentimiento de las partes, cosa cierta y precio; del mismo modo para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se presten, y alquiler ó merced. Para mayor claridad trataremos separadamente de cada uno de estos requisitos.

El primero es el consentimiento, porque como hemos dicho, este contrato es consensual que recibe su perfeccion por solo el mútuo consentimiento, de donde nacen los consectarios siguientes: 1.° Que nace la obligacion y accion de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa, y de la merced ó alquiler. 2.° Que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas. (2) Pero á los caballeros y oficiales de la corte está prohibido tomar en arrendamiento heredades agenas, (3) porque no se aparten del servicio del Rey á que están destinados. Asimismo los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales y los de la real casa, comendadores, alcaides, regidores, alguaciles, oficiales del consejo y otras personas poderosas, no pueden ser conductores, ni recaudadores de rentas reales, ni concejibles de las ciudades en que egercen sus oficios. (4)

Otro requisito esencial para la locacion, es la cosa ú obra que se alquila. Tales son todas las que están en el comercio, sean muebles ó raìces, y aun mas las cosas eclesiásticas,

---

(1) L. 1 ya citada.
(2) L. 2. tít. 8. Part. 5.
(3) Dicha ley 2.
(4) Ll. 12. tít. 4. lib. 3. y 4. tít. 5. lib. 7. y 4. 5. 7. y 9. tít. 10. lib. 9. Rec. de Cast. L. 2. tít. 10. lib. 10. Nov. Rec.

y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 2.° Pero las cosas que han de servir de materia á este contrato no deben ser fungibles, pues entónces no será el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 3.° Pueden darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas; (1) pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio, porque estas no admiten estimacion; y así, no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias, ni los abogados.

El tercer requisito esencial de este contrato, es la merced ó alquiler. Mas asi como decíamos, tratando de la compra y venta, que el precio de ella debe consistir en dinero contado; del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte, que conviniéndose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. g., en frutos ó en ganado, ya no será locacion, sino contrato innominado, que podrá ser *do ut des, ó do ut facias.* (2) Pero sì lo sería, si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entónces no se variaría la naturaleza del contrato. Del mismo modo, así como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, así tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser verdadero, porque si no degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, porque si nò habrá accion para rescindir el contrato. (3) Finalmente, debe ser cierto, ó por sì ó por relacion á otra cosa: v. g., te alquilo por la paga que Ticio estimare justa. (4) La razon es, porque de otra suerte no convendrían los contrayentes en una misma cosa.

Para que el importe del alquiler ó paga sea justo, se debe arreglar à las leyes ó costumbre del lugar; y si no la hubiere, se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes. (5) Y por lo que hace à los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por los concejos, y que se les paguen cada dia, si ellos los pidieren. (6)

Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en várias conclusiones. 1.ª *El locador debe dar el uso de la cosa prometida.* 2.ª *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no ha-*

---

(1) L. 3. tít. 8. Part. 5.
(2) L. 1. de este tít.
(3) L. 1. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 2. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(4) L. 1. tít. 8. Part. 5.
(5) L. 4. tít. 8. Part. 5.
(6) L. 3. y 4. tít. 11. lib. 7. Rec, de Cast. Ll. 2. y 4. tít. 26. lib. 8. Nov. Rec.

biéndolo, al fin del año. (1) 3.ª ***No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hallare en la cosa ó fundo arrendado.*** (2) Mas siendo puntual en pagar no puede ser desposeido de la casa alquilada, si no es en cuatro casos. 1.º Cuando al locador se le cae la casa en que mora y no tiene otra, ó està enemistado en aquella vecindad, ó si casase á alguno de sus hijos, ó los hiciere caballeros. 2.º Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina si no se reparaba. Pero en estos dos casos, debe el dueño de la casa dar al alquilador otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte, cuanta importe el tiempo que deje de habitar en ella. El 3.º cuando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4.º Cuando hubiese sido el contrato para cuatro ò cinco años con condicion de dar la paga determinada cada año, y pasaren dos sin pagarla. (3) 4.º *Ambos contrayentes están obligados á la culpa leve por ser este un contrato que cede en utilidad de los dos.* (4) Pero estará obligado á la culpa levísima el que se ofreciese á transportar de un lugar á otro alguna cosa fàcil de derramarse, como vino, aceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles; y así, deberá poner para el transporte todo aquel cuidado y diligencia que pondría un hombre exactísimo. (5)

5.º *Al caso fortuito núnca estará obligado el conductor si no es que lo quiera tomar en sí, ó venga por su culpa.* (6) Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito, como son lluvias escesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo &c. ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si coge algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores. Mas si la pérdida viniese por su culpa, como si fuese por labrar ó custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ella nacieren, ó porque dió causa á que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerlo enteramente; y el peligro y daño será de su cuenta, y no de la del locador. (7)

A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento aunque no se logren los frutos, si de dos años,

---

(1) L. 4. tít. 8. Part. 5.
(2) L. 5. tít. 8. Part. 5.
(3) L. 6. tít. 8. Part. 5.
(4) L. 7. tít. 8. Part. 5.
(5) L. 8. del mismo tít.
(6) Dicha ley 8.
(7) L. 22. tít. 8. Part. 5.

v. g., por los que tomo el fundo, en el uno de ellos cogiese tan abundantemente que alcanzase para satisfacer las espensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniese por acaso, y no por industria estraordinaria del conductor.

Si el arrendador ó arrendatario, murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones recíprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ò si la cosa arrendada fuese el usufruto de una heredad; pues todo lo que es personal espira con la persona. (1)

Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como el, *de locacion conduccion.* Una y otra es directa porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato: el primero á dar el uso de la cosa, ó á practicar las obras prometidas, y él segundo á pagar la pension ó alquiler.

Apéndice.—*De los censos.*

Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aquí se toma: por *un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual, procedente de la traslacion del dominio de alguna cosa, hecha á favor de aquel que queda obligado á pagar el rédito.*

El censo así definido en general, se divide en enfitéutico, consignativo y reservativo, y de cada uno trataremos separadamente.

§. I.

Del censo enfitéutico.

Censo enfitéutico ó enfitéusis es: *un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar à otro perpétuamente ó para largo tiempo, el dominio útil de alguna alhaja raiz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede el enfitéusis.* (2) Decimos que es *un contrato consensual,* porque por solo el consentimiento está perfecto; y asì, aunque se requiere escritura es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal. (3) Decimos que es un

(1) Ll. 2. y 3. tít. 8. Part. 5.
(2) L. 28. tít. 8. Part. 5.
(3) Dicha ley 28. del propio tít. y Part.

contrato por el cual *se promete entregar el dominio útil*, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfitéuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente: se añade en la definicion, que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio útil; en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfitéusis. El conductor paga alquiler, y el enfitéuta pension. El alquiler debe ser proporcionado á los frutos y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta. [*] El primero se paga por el uso de una cosa agena; y la segunda se dá de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior, ó directo que reside en el que concede el enfitéusis.

Hemos visto que es el enfitèusis: veamos ahora cuales son los derechos del enfitéuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea, pues, el 1.º Que el enfitèuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º El enfitéuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que ántes de venderla lo avise al señor del fundo. (1) Mas esta noticia no se le dá porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno; y así, si no declara su voluntad entre dos meses, puede el enfitéuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfitéuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por el cual se vende la cosa ó ménos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfitéusis. (2) 3.º Así como el enfitéuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, así debe sufrir sus cargas, y pagar los tributos que tenga impuestos. 4.º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio, que el señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue, que el enfitéuta tiene el mismo derecho; y así, puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfitéusis, en cuyo caso se entiende que vindica el dominio útil, del señor del dominio directo á quien no pertenece.

Las obligaciones del enfitéuta consisten: lo 1.º En pagar el cánon ò pension anual en el tiempo y modo pactado. (3) De

---

[*] El Febrero refiere, que en Madrid cada solar que tiene cincuenta pies de frente y ciento de fondo, que multiplicados unos por otros hacen una area plana de cinco mil pies cuadrados ó superficiales, se dá á censo enfitéutico por dos ducados y dos gallinas.

(1) L. 29. tít. 8. Part. 5.

(2) Dha. ley 29. tít. y Part.

(3) L. 28.

otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfitéusis es iglesia, monasterio ù órden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años contínuos no pague la pension; pero si el enfitéuta ocurre á satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo á recibirla, y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso. 2.° Debe el enfitéuta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad: al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste, en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa agena, el cual cesando, debe tambien cesar el alquiler; mas el cánon ó pension, se paga por el enfitéuta, en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba fruto ó nó; luego en todo caso debe pagar la pension. De aquí mismo se infiere, que pereciendo todo el fundo por terremoto ò por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor, ni tampoco dominio que reconocer; (1) pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfitéusis.

Los modos por los cuales se acaba este contrato, se deducen de su misma naturaleza. El 1.° es, la pèrdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.° es, la consolidacion; y así, sea que el señor directo adquiera el dominio útil, sea que el señor de éste, adquiera el directo, se acaba el enfitéusis por consolidarse ó unirse en una sola persona ámbos dominios. El 3.° por prescripcion; de suerte, que si el enfitèuta no paga la pension ó cánon el tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconviniéndolo, ò veinte estando ausente, adquirió el dominio por prescripcion. El 4.° es, la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya. (2) El 5.° es, por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta. (3)

Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ámbas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato; el señor á

(1) L. 28. al med.
(2) Véase la cit. ley 28. tít. 8. Part. 5.
(3) Dicha ley al fin y la 13. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 8. tít. 13, lib. 10. Nov. Rec. y Feb. librería de escrib. cap. 5. § 1. núm. 11.

entregar el fundo, y el enfitéuta á pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado, las acciones tienen su mismo nombre.

§. II.

Del censo reservativo.

Este censo se verifica: *cuando uno dá á otro una cosa raiz transfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el* dominio *directo y útil, reservándose una pension anual en frutos ò en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, à quien llaman censatario.*

Entre este censo y el enfitéutico hay várias diferencias. La 1.ª que por este se transfieren ámbos dominios, directo y ùtil, y por el enfitéusis solo el útil pasa al enfitéuta, quedando el directo en el concedente. La 2.ª diferencia es, que en el enfitéusis si en dos ò tres años no paga la pension el enfitéuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme á derecho. (1) La 3.ª diferencia entre el enfitéusis y el reservativo es, que en el primero no puede el enfitèuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso; y á mas de esto está obligado á pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en el censo.

Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ámbos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfitéusis. En este caso se deberá decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que à las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo, quedare la duda en pie, se deberá juzgar el contrato ántes de censo reservativo, que de enfitéusis. La razon es, porque en caso de duda debe ser mejor la condicion del que posée cuando se trata de gravarlo, y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

La justicia y licitud de este censo reservativo es bien clara; porque como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pension anual á que se

(1) L. 1. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 15. ib. 10. Nov R.

obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ámbos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

Puede crearse ó constituirse este censo, no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raiz fructífera, reservando una pension anual que se pague á sus herederos, ó á otro que señale. Puede tambien fundarse, ó perpetuo ó redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ú otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, ántes se deberá juzgar perpetuo, que redimible; así porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla, el cual como sucede en lugar del dominio que tenia ántes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio.

Finalmente: como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó estinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado ántes, se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá pagar por ella alcabala siempre que se verifique. (1)

§. III.

Del censo consignativo.

Este censo se llama así, porque se consigna ó funda sobre los bienes del que lo concede, sin perder por esto el dominio asì útil, como directo que tenia àntes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ó ilìcito de este censo, como veremos despues.

Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entónces es una verdadera compra y venta, que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos como permutacion, donacion ò en compensacion de algunas obras ó por última voluntad; y segun varíe el título, variará mas ó ménos su naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante compra y venta, así porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

Se define, pues, el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias, como nuestras leyes, diciendo que es:

(1) Feb. libr. de escrib. cap. 5. §. 3. núm. 49.

una compra por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual ù otro rédito semejante, permaneciendo el vendedor del rédito señor de todos sus bienes como ántes lo era. Se dice que el derecho se compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta. (1)

En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rédito ó pension anual, mas no la misma pension; y así, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se dá dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pension lo comprado sino el derecho á percibirla.

Se divide este censo por razon de la cosa que se paga, en pecuniario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite &c. Pero en este censo consistente la paga en frutos, está espresamente prohibido por nuestro derecho. (2) Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpetuo y temporal. Estas dos especies se subdividen: el perpetuo en irredimible, que es absolutamente perpetuo, por lo cual se le dá este nombre; y en redimible que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpetuo, porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años: v. g., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende, ó de otro alguno, y se llama vitalicio.

Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman á aquel en que se obliga solamente la persona á pagarlo, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en solo persona y no en cosa; y aunque algunos opinan que el dia de hoy están aprobados los tales censos personales por una real cédula, (3) espedida á consulta de los cinco gremios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de

---

(1) En el censo vitalicio la exige verdadera la ley 8. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. L. 6. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec.
(2) L. 4. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. L. 3. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec.
(3) Real céd. de 10, de julio de 1764. L. 23. tít. 1. lib. 10. Nov. R.

la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero à los mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con él, y lo devolviesen con alguna moderada ganancia. [*] Pero estos contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

En el censo consignativo se deben atender tres cosas, que son las principales. La 1.ª es, la suerte, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital.* La 2.ª la pension ó rédito que se paga; y la 3.ª la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el papa S. Pio V. por un *motu propio* espedido el año de 1569, mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque este no se recibió en España segun una ley de Recopilacion, (1) con todo, es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frecuentísimos en esta especie de contratos. (2)

---

[*] Para mayor claridad insertaremos aquí lo dispositivo de dicha cédula de 10 de julio del año de 1764, que dice así. „Por los diputados de los cinco gremios mayores de Madrid, se representó á S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos &c., y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los gremios, obligándose éstos á volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres ó dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fé habian estado muchos años, así los gremios como los particulares, con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el público alguna duda sobre la legitimidad y pureza de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su carácter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy sériamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de julio de 1764, señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda: que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales."

(1) L. 10. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. L. 7. tít. 15. lib. 10. Nov. R.

(2) La ley 8. del mismo tít. 15. lib. 5. Rec. L. 6. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec., de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado.

Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad segun los tiempos, y las circunstancias de los lugares. En España se ha regulado el tres por ciento, y en América el cinco, (1) siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser en él mayor el precio, es decir, debe ser menor la pension, y señalarse con atencion á los tiempos y provincias en que se funde.

Por lo que hace á la pension ó rédito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero, (2) y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ó irredimibles, en los cuales la pension no consistía en dinero sino en trigo, vino, ú otros frutos, se mandó por otra ley, (3) que todos estos se reputasen redimibles; y asì los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ò al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir, son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

Mas aunque esta disposicion es utilísima al público y tan general que comprende aun á los censos fundados ántes de su publicacion, con todo, se halla permitida por otra ley (4) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

Hay várias condiciones ó pactos que están declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aquí para mayor inteligencia de esta materia. El 1.º es, que el censo se constituya, y funde sobre cosa mueble ó semoviente; y así, debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes, como son los raices, (5) los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca á su responsabilidad, para que el censualista tenga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.º pacto reprobado es, que el censatario debe pagar los réditos anticipados; el cual se prohibe porque es contra la justicia del contrato censual, y para evitar fraudes y sospecha de usura; y así, cum-

(1) Ll. 15. y 16. tít. 15. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ll. 8. y 9. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec., y para América la real cédula de 13 de marzo del año de 1786.
(2) L. 4. del mismo tít. L. 3. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec.
(3) L. 7. del mismo tít. 15. L. 5. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec.
(4) L. 16. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. L. 9. tít. 15. lib. 10. Nov. R.
(5) Ll. 1. y 2. tít. 15. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 15. lib. 10. Nov. Rec.

ple el censatario con satisfacerlos luego que estén devengados. El 3.º es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte, que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni réditos. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y así, si la finca perece total ó parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta, y estinguirse su capital, y si en parte es infructífera, ir en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa. (1)

Otro pacto que se reprueba en este contrato es, el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo; y así, no se puede quitar ni restringir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos, ó última voluntad la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero sí será justo que se ponga la cláusula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendría obligacion de pagarlo.

La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligacion de avisar un mes ántes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfitéutico. (2)

Falta ahora tratar de los modos por los cuales se estinguen los censos. El 1.º es, por destruccion de la cosa, al cual es semejante: el 2.º que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciere, ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por defecto de la cosa, con todo, puede el señor del censo repetir el precio y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido por el descuido, ó dolo del poseedor.

Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa; porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posée, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4.º modo de acabarse el censo es por prescripcion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta à censo la tiene todo ese tiempo con buena fé como libre de toda carga, lo que es conforme

(1) *Motu prop. de S. Pio V.* §. 10.
(2) §. 6. de la Bula de Pio V.

á la ley de Recopilacion, (1) que pide todo ese tiempo para prescribir, ó estinguir las deudas que no nacen de mera obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fé, porque ésta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

Esta prescripcion que estingue el censo, comienza á correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ó pension: esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibió; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrá decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion, se entiendan estinguidas tambien todas las pensiones, no solo del primer año, sino de las demas, desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es cuestion de grande dificultad: puede decirse á ella, que por la misma prescripcion, por la cual se estinguió el censo, se prescribieron tambien las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ó la raiz y orígen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal, falta lo accesorio.

Finalmente: los censos redimibles se acaban por redencion: esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion; el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre, pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibió al acreedor y de este modo estinguir el censo: no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las estravagantes de Martino V y Calisto III, que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes. Mas porque por el nombre de parte de que usan dichas estravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria á la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta, que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

A mas de esto asientan varios autores, que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun

(1) L. 6. tít. 15. lib. 4. L. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

valdría el pacto de lo contrario, si no es que este gravámen se recompense con dar mayor precio del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes; cuya razon, como que es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasiadamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio, lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilícito ó usurario.

Finalmente: se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor á redimir el censo cuando se le antoje pedírselo, pues admitido esto, el censo degeneraría sin duda alguna en contrato de mútuo, en el cual, pasado algun tiempo, se puede pedir la cantidad dada para cierto uso, de lo que resultarìa que las pensiones que se pagasen serìan usurarias, por no provenir de censo sino de mútuo, en el cual, està rigorosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

TITULO XXVI.

De la compañìa.

El cuarto contrato consensual es la compañìa. Pero àntes de que veamos su definicion, es menester distinguirla de la comunicacion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen, pues, en que la compañía es contrato, y la comunicacion de cosas, *cuasi contrato*, y así para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invítas las partes: v. g., si se dona á Ticio y á mí una casa. Del contrato de compañía nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunicacion de cosas nace la accion llamada *communi dividundo*, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

Es, pues, la compañía: *un contrato consensual por el cual convienen entre sì los contrayentes en comunicarse sus bienes, ò sus obras para utilidad comun.* (1) Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura, ni otra cosa, de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo, ú otra cosa de precio estimable, para su comun lucro, aun cuando no se haya verificado la tradicion.

(1) L. 1. tít. 10. Part. 5.

La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica cuando los sócios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes, como los futuros, por cualquier título que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos, que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenia cosa que fuese suya solamente. (1) General se llama la sociedad, cuando los sócios se comunican entre sí todo lo que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente: compañía singular es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados; (2) y esta es frecuentìsima entre los comerciantes.

La compañía se contrae por el consentimiento de los sócios, segun hemos esplicado ya. Infièrese, pues, de aquí: lo 1.º Que vale la compañìa desigual; (3) y así, v. g., si Ticio lleva á la compañía veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera serà legítima la compañía aunque uno solo ponga el capital, y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir, que las obras á que se obligan el sócio ó sócios, han de ser lícitas y honestas, de otra suerte no valdrá la compañìa; (4) y asì, si uno de los sócios promete emplearse en engañar á los compradores, ó en defraudar los tributos ò alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañía. (5) Finalmente: no es válida la sociedad llamada leonina, en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno, y nada de pérdida, ó al contrario; (6) y se le dió este nombre con alusion á la fábula de Fedro, (7) en la cual se cuenta, que habiendo hecho compañìa un leon con el asno y la zorra, para cazar, se llevò él solo toda la presa.

No obstante lo dicho, si alguno ò algunos de los sòcios fueren mas hàbiles ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ó se espusieren á mayores riesgos, que los consócios, podrán pactar que les toque mas parte en la utilidad, ò que si hubiere pérdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será válido. (8)

---

(1) Act. Apost. cap. 4. y 32.
(2) L. 3. tít. 10. Part. 5.
(3) L. 4. tít. 10. Part. 5.
(4) L. 2. del mismo tít.
(5) Arg. de la ley ya citada.
(6) L. 4. al fin. tít. 10. Part. 5.
(7) Fàbula 5. lib. 1.
(8) L. 4. tít. 10. Part. 5.

Síguese ver la obligacion que tienen los sócios, la cual se reduce á dos capítulos. 1.° Que un sócio para con otro, está obligado á prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2.° Que la utilidad y el daño, se divida con equidad entre todos los sòcios. Por lo que hace à la primera obligacion, se debe notar que el sòcio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve, no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el sócio pone en sus propios negocios. (1) La razon es, porque á sì mismo se debe imputar su daño ó pérdida al sócio que contrajere con un hombre descuidado ó negligente.

Es tanta la union que debe haber entre los sócios, que el derecho quiere se vean como hermanos; y asì, les concede el beneficio de competencia, esto es, que por razon de deuda no pueda el uno reconvenir al otro, mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse. (2) A mas de esto, si alguno de los sócios tomase alguna cosa de la compañía sin noticia de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de ello. (3)

La otra obligacion de los sócios consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la cual no se requiere igualdad; y así, si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil, y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto, habiendo contraido compañía universal. Mas en la sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones. 1.ª Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales. (4) Mas, si nada se pactó ántes, se guardarà proporcion geométrica, esto es, cuanto mas de capital puso uno, tanto mas llevará de utilidad y de daño. (5) Esta proporcion la sacan los aritméticos con la regla que llaman de compañìa: v. g., si Ticio puso 18000, Mevio 9000, y Sempronio 3000, y con toda esta suma ganaron 15000, ¿cuánto le tocará á cada uno?

Si uno de los sócios pone el dinero ó la materia, y otro el trabajo, participará de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberá dar la ley; pero disuelta la sociedad

(1) L. 7. al fin. tít. 10. Part. 5.
(2) L. 15. tít. 10. Part. 5.
(3) L. 17.
(4) L. 4. tít. 10. Part. 5.
(5) L. 3. del dho. tít.

nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

Hemos dicho de qué modo se contrae la compañìa, y las obligaciones de los sòcios: veamos ahora cómo se disuelve. Para esto hay muchos modos. 1.º Por muerte aunque sea de uno de los sócios, y ya sea natural ó civil. (1) 2.º Otro modo es el mútuo disentimiento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebrò. 3.º El tercer modo es la renuncia de alguno de los sócios; pero si esta se hizo ántes del tiempo convenido, ó ántes de fenecerse el negocio para que se formò la compañìa, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo. (2) [*]

Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal, se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con engaño. (3) 4.º El cuarto modo es por acabarse el negocio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ò el tiempo por qué se contrajo. 5.º El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los sócios hallándose cargado de deudas. 6.º El sesto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañía. (4) Y el último por mala condicion ó genio de uno de los sócios, ó por no guardarse los pactos del contrato. (5)

La accion que nace de este contrato se llama *pró socio*, porque de un contrato nominado cual es la compañía, debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, porque segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro; y así, se dà esta accion á cada uno, á efecto de conseguir del otro todo aquello à que està obligado por razon de este contrato.

Apéndice.—*De la sociedad conyugal.*

Esta compañía que es especial en el reino de España, se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que

(1) L. 10. tít. 10. Part. 5.
(2) L. 11. tít. 10. Part. 5.
[*] Este modo de disolverse, es particular en el mandato y sociedad; en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion invíto el otro. En el mandato es la razon, porque se elige la industria de la persona, y si esta no se encuentra en la elegida, es necesario revocarlo. En la sociedad milita otra razon, y es porque este contrato es orígen de muchas discordias, y así las leyes favorecen la libertad de cada sócio ántes que dar ocasion á pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho sería á los demas de la compañía el tener un sócio contra su voluntad.
(3) L. 12. tít. 10. Part. 5.
(4) L. 10. tít. 10. Part. 5.
(5) L. 14.

proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar en otros, que entre el marido y muger legítimos.

Dicha compañìa establecida por las leyes (1) hace que se comuniquen por mitad entre los dos cónyuges, todos los bienes que adquieren ámbos durante el matrimonio. (2) Diferénciase esta compañía de las demas, por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto, la sociedad conyugal á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cònyuges ántes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se esceptúan algunos, como verémos mas adelante.

En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tuvieren y poseyeren marido y muger durante el matrimonio, son y deben reputarse de ámbos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente. (3) A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo, lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donacion que el Rey les haya hecho á ámbos; pero no si fuese hecha á uno solo. (4) Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades, aun en el caso de que el marido tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó ésta mas que aquel; pero siempre quedará la propiedad de donde vinieren los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos. (5)

Asimismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ó muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, así industriales como naturales (que son las que el tiempo les hubiere dado) son comunicables entre marido y muger, como bienes gananciales. [*]

Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.º es por divorcio, pues en este caso el

(1) Todo el tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast. Tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(2) Ll. 4. y 5. tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 3. y 5. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec., y ley 1. y 3. tít. 3. lib. 3. del Fuero Real.

(3) L. 1. dho. tít. 9. lib. 5. Rec. L. 4. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(4) L. 2. tít. 9. lib. 5. Rec. L. 1. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(5) L. 4. del mismo tít. y lib. L. 3. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

[*] Aunque el autor computa el aumento intrínseco de las cosas en la clase de bienes superlucrados para su division entre el marido y la muger, la sentencia mas comun y corriente es, que el tal aumento cede á favor del dueño de la cosa: no proviene por industria ó trabajo, sino por el tiempo. Proviene de causa anterior que es el dominio particular é inseparable de la especie, y sigue al señor de la misma. Así se esplica el Salas en su apéndice de societate legàli inter conjuges tít. 26. lib. 3. de sus comentarios à la instituta, y concuerdan Matienzo, Gomez, Covarrubias, Gutierrez y Molina, en los lugares que cita.

que hubiere dado motivo á èl, nada participará de las ganancias. (1) El 2.º cuando cometen delito de lesa-magestad, ú otro por el que segun derecho deben perderlos, ò se apartan de la religion católica; pero en estos casos, solo el delincuente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentos hasta que por el crímen se declaran por perdidos, aunque éste sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete. (2) Mas si la muger cometiere adulterio, ó se volviere mora ó judía, ò de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su dote y arras. (3) Lo mismo se deberá decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera. (4)

El 3.º cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion, por testamento ó ab intestato de sus parientes. (5) El 4.º cuando son castrenses ó provienen de salario ó estipendio militar; pero si estos los adquirieren, ó sirvieren à espensàs de àmbos, serán comunes, porque son frutos suyos, y éstos de cualquier calidad que sean se comunican entre los casados. (6) El 5.º cuando el marido enagena, constante el matrimonio, algunos de los gananciales ó todos, lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener ésta uso de su dominio, hasta que su marido muere. (7) Mas si por la enagenacion se prueba que la hace con dolo por damnificarla, se la comunicarán, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

El 6.º cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido. (8) El 7.º cuando la muger renuncia los gananciales ántes ó despues de haberse casado. (9) El 8.º cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en las ciudades, villas, lugares, casas y he-

(1) Gómez en la ley 50. de Toro. núm. 72.

(2) Ll. 10. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 10. y 11. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec., y 6. tít. 26. P. 7.

(3) Ll. fin. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real. 23. tít. 11. Part. 4. 5. tít. 17. y 6. tít. 25. Part. 7. y 11. tít. 9. lib. 5. de la Rec. de Cast. L. 11. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(4) L. últ. tít. 2. lib. 3. del Fuero Real, y 15. tít. 17. P. 7.

(5) Ll. 1. y 3. tít. 9. lib. 5. R. de Cast. Ll. 2. y 4. tít. 4. lib. 10. N. R.

(6) L. 5. de dho. tít. L. 5. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

(7) L. 5. tít. 9. lib. 5. de la Rec. Dicha ley.

(8) Ll. 5. y 11. tít. 9. lib. 5. Rec. Ll. 5. y 11. tít. 4. lib. 10. N. R,

(9) L. 9. del mismo tít. L. 9. tít. 4. lib. 10. Nov. Rec.

redamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debìa tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9.° cuando alguno de los cònyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructìferas de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae éste en el dueño de aquella; porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma porque se adquirió la propiedad, y se consolida con esta; y así, no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos términos, ni es comunicable al otro cónyuge, pero los frutòs que las tales alhajas produjeren, se comunican y deben servir para ayuda á superar las cargas del matrimonio. (1)

Puede tambien pertenecer de algun modo á esta sociedad que hay entre el marido y la muger, lo que disponen várias leyes de la Recopilacion, pues arreglan el manejo de estos sócios. Lo 1.° que la muger no puede sin licencia del marido aceptar ni repudiar herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario. (2) 2.° Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, teniéndose por nulo cuanto haga sin este requisito. (3) 3.° Que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediendo ésta, ó siguiéndose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere. (4)

TITULO XXVII.

Del mandato.

La última especie de contratos consensuales es el mandato, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigarémos en este título. Es, pues, el mandato: *un contrato consensual por el cual se obliga uno á tratar, ó administrar grátis un negocio lícito y honesto, que se le ha encomendado por otro.* (5) Decimos que es *contrato*, aunque antiguamente no lo era sino solo un mero encargo que no producía una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero sì era una obligacion imperfecta, y hacia contra la honestidad, y contra la ley de

---

(1) Ll. 4. y 5. tít. 9. lib. 5. Rec. L. 3. y 5. tít. 4. lib. 10. N. R.
(2) L. 1. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tít. 20. lib. 10. Nov. R.
(3) L. 2. de dho. tít. L. 11. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(4) Ll. 3. y 5. tít. 3. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 12. y 14. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(5) L. 20. tít. 12. Part. 5. y la 25. dicho tít. y Part.

la amistad el que no cumplia lo prometido á su amigo. Así se practicò en los principios, como refieren algunos autores. (1) Pero despues aumentándose mas y mas la mala fé entre los hombres, fué necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es, pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ámbos contrayentes; y así, el que administra los negocios de otro ignorante no se dice que cumple un mandato, ni que esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay consentimiento, sino que solamente interviene un cuasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto se dice: *que nos obligamos á administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza;* porque si no es de esta suerte, por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no será mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda, sino que solamente se procura persuadir á otro que haga alguna cosa dejándolo en libertad para hacerlo ò nó, será *consejo*, el cual no produce obligaciòn, como ni tampoco la *recomendacion*, que se hace en favor de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente: se añade que ha de ser *grátis*, porque si el negocio ageno se administra por paga no será mandato, sino locacion ú otro contrato innominado.

Hasta aquì hemos esplicado lo que es el mandato: veamos ahora de cuántas maneras puede ser. Uno se llama espreso, porque se hace con palabras, ó proferidas con la boca ó escritas, y otro tácito que se colige por hechos que demuestran el consentimiento: v. g., si uno vé que otro administra sus negocios y calla, ó deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro, este es el mandato *presunto*, que se colige de la union y parentesco: v. g., si el marido administra los negocios de su muger, pues aunque no tenga mandato se presume que lo tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exige caucion de que lo hecho se tendrá á bien. Se divide tambien el mandato en general, por el cual se someten á otro todos los negocios que pueden ocurrir; y especial, cuando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haría ó podría hacer. (2) Puede ser tambien el poder judicial, por el cual se encomiendan negocios judiciales; ò estrajudicial, si se encomendaren negocios domésticos ó estraju-

---

(1) Hein. en este tít. y en sus Antig. Rom. citando á otras.
(2) L. 19. tít. 5. Part. 3.

diciales. Se dá tambien mandato puro, á dia cierto y bajo de condicion, lo cual es claro por sí mismo.

Ultimamente: hay otras divisiones del mandato tomadas del fin que se tiene en èl; y así, se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda, ó en utilidad del que manda y del mandatario, ó en utilidad de un tercero solamente, ó del mandante y un tercero, ò del mandatario y un tercero.

El primer modo es, el riguroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante: v. g., si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio. (1) El 2.° modo, cuando el mandato cede en utilidad del que manda, y del mandatario: v. g., si yo mando à alguno que dé mil pesos á usuras á mí, ó á mi mayordomo, para comerciar con ellos; en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ámbos. (2) El 3.° modo es, cuando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero; como si yo mandase á uno que se encargue de los negocios de Ticio, ó que salga por su fiador. (3) El 4.° modo se verifica, cuando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero; como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mí. (4) El 5.° modo se darà si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero: v. g., si yo mando á Ticio que dé á Cayo, que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usura. (5) Finalmente: suele añadirse otra especie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero éste verdaderamente mas es consejo que mandato, el cual de ninguna manera produce accion, sino en el caso de que se dé con dolo; es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo. (6)

Vistas ya las divisiones de este contrato, pide el òrden, que tratemos de várias conclusiones que se deducen de su naturaleza y muestran lo que es justo acerca de él; sea pues la 1.ª El mandato solo requiere el consentimiento de ámbos contrayentes: y es la razon, porque como hemos dicho, es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos cosas: la una que regularmente se exige que el mandato esté reducido á escritura; mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaria á la otra parte que no era verdadero apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotae al principio del negocio que se practicó sin mandato.

(1) L. 20. tít. 12. Part 5.
(2) L. 22. al principio.
(3) L. 21. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 21. dho. tít. 12. Part. 5. v. La tercera.
(5) L. 22. del mismo tít. v. *La quinta.*
(6) L. 23. tít. 12. Part. 5.

2.ª El mandato no puede tener efecto sino en cosas lícitas, y así no producirá obligacion siempre que se verse sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres. (1) V. g., si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo; pues aunque este acepte el mandato, no quedará obligado á ejecutar la muerte. 3.ª El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraría en locacion; pero sí admite honorario; y de aquí es, que los procuradores del número, que hay en los tribunales superiores, son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos grátis. 4.ª Nada vale lo que obra el mandatario que escede los términos del mandato; pero sí tiene accion á todo aquello en que no hubo esceso. (2) 5.ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoge la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto. 6.ª El mandatario está obligado á poner toda aquella diligencia que requiere el negocio de que se encomienda; y así, deberá aun la exactísima, siempre que admita la administracion de un negocio que con ménos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante. (3)

El mandato acaba de varios modos, que fácilmente se coligen de su naturaleza. El 1.º es por mútuo disentimiento, pues no hay cosa mas natural que todo se disuelva del modo que se ligò. 2.º Por revocacion del mandato, lo cual puede hacer el mandante sin causa alguna àntes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado; si no es en el caso de que, ó la parte contraria ó el mandatario mismo lo contradiga reputándose infamado por la revocacion; en cuyo caso ó no se deberá revocar, ò deberá alegarse justa la causa, cuales son las que asigna la ley citada. (4) Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la pràctica se hace la revocacion, diciendo: *que se revoca el poder dado à fulano, dejándolo en su buena opinion y fama, y sin ánimo de injuriarlo.* Con cuya cláusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas. (5) 3.º Por renuncia hecha por el mandatario, para la cual se requiere justa causa, aun cuando se haga ántes de principiar el negocio. (6) 4.º Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó pro-

(1) L. 25. tít. 12. Part. 5.
(2) Arg. de la ley 16. tít. 12. Part. 5.
(3) Ll. 26. tít. 5. Part. 3. y 20. tít. 12. Part. 5. y en ella Gregorio Lopez glosa 5.
(4) L. 24. tít. 5. Part. 3.
(5) Febr. libr. de escrib. cap. 11. §. 1. núm. 22.
(6) L. 24. tít. 5. Part. 3.

curadores establecidos para pleitos, está determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontezca ántes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder ántes que muera el poderdante, y la demanda está contestada no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no lo ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado. (1) De donde se infiere, que despues de puesta ó contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece ántes de demandar ó contestar, se acaba el mandato; pero ya contestado, deben sus herederos seguir el pleito, en caso de ser idóneos. (2)

Falta esplicar las acciones que nacen de este contrato. Estas son dos, directa y contraria, por ser bilateral. La directa se dá al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dè cuentas de su administracion. La contraria se dá al mandatario contra el que le mandó, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato.

TITULO XXVIII.

De las obligaciones que nacen del cuasi contrato.

Habiendo tratado ya de los contratos verdaderos, sígese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son: *unos hechos lìcitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes, en virtud de un consentimiento que el derecho presume, atendida la equidad.* Deben ser *hechos lícitos*, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ó ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos, y los cuasi contratos; que para aquellos se requiere consentimiento verdadero, y estos nacen de presunto, ó fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fingen sin fundamento, esta ficcion la tiene en la equidad y utilidad; y así, daremos tres reglas de las cuales se infiere cuándo el derecho puede fingir que alguno ha consentido.

1.ª *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en

(1) L. 23. tít. 5. Part. 3.
(2) Dha. ley 23. en el medio.

la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

2.ª *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.* De este fundamento, nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

3.ª *El que quiere lo que antecede, no debe dejar de querer lo que es consiguiente.* Por esta regla queda obligado el maestre de un navìo á pagarme el daño que se haya causado á mis cosas, habiéndolas recibido para transportármelas.

Aunque son muchos los cuasi contratos, aquí solamente tratarémos de los principales, que son seis. 1.° La administracion de negocios agenos. 2.° La tutela. 3.° La herencia. 4.° La comunion de cosas. 5.° La acceptacion de la herencia. 6.° La paga indebida.

1.° El primer cuasi contrato es, la administracion de negocios agenos. Mas para que se entienda perfectamente qué cosa es, darémos su definicion y la esplicarémos consecutivamente. Es, pues: *un cuasi contrato por el cual uno recibe grátis la administracion de algun negòcio estrajudicial de otro, ignorándolo él.* (1) Se dice que es *un cuasi contrato*, porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ámbas partes, éste que de su voluntad manejaba el negocio ageno, se llamaría mandatario ó procurador, no *negotiorum gestor.* Se dice que se toma la administracion de algun negocio de otro *ignorándolo él*, porque si el otro tiene noticia de lo que se hace y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tácito.* Se añade que ha de ser *negocio estrajudicial*, porque si uno se ofrece á responder por otro en juicio se llama *defensor;* y de aquí es, que la muger puede hacer este cuasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente debe ser de *su voluntad y grátis:* de otra suerte será esta administracion un negocio innominado, que ni será locacion ni contrato *do ut des*, pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

De este cuasi contrato nace una recìproca obligacion entre el administrador y el ausente; ó por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, que veremos aquí.

Las obligaciones del administrador son tres. La 1.ª es administrar el negocio ageno útilmente, pues en tanto obliga al ausente è ignorante, en cuanto le promueve su utilidad. (2) De aquí es, que si uno hizo gastos en la cosa de otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse. (3) Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro,

(1) L. 26. tít. 12. Part. 5.
(2) Ll. 26. y 29. tít. 12. Part. 5.
(3) L. 26. v. E por ende, tít. 12. Part. 5. y la 28. del mismo tít.

y despues no resultó ser asì, con todo eso tiene accion para recobrarlos (1) 2.° El administrador de negocios agenos por lo regular está obligado á prestar la culpa leve; esto es, á poner hasta la diligencia media. (2) Mas algunas veces estará obligado hasta la levísima, como en el caso de que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio. (3) Otras veces solo estará obligado á la culpa lata; como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que à no hacerlo él, se hubiera perdido. (4) Finalmente: puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto sería si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente; como si entablase comercio marìtimo y pereciese la nave, ú otro semejante; pues en todo caso la pérdida serà para solo el *negotiorum gestor*. (5) 3.° El administrador de cosas agenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las espensas. (6)

Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio. (7) La razon es, porque aquí no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar á otro que se haya promovido su utilidad, y nadie duda que esta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ó del que està por nacer. 2.° No cesa la obligacion del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito: v. g., si yo reedifiqué, ó reparé la casa de Ticio que amenazaba ruina, éste queda obligado à pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.° Finalmente: el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad. (8) La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

Las acciones que nacen de este cuasi contrato son dos: una directa, y otra contraria. La primera se dá al ausente contra el que administró sus negocios, para que dé cuentas, resarza los daños si los hubiere causado, y para todo lo demas

(1) L. 28. del mismo tít. y Part.
(2) Arg. de la ley 30. tít. 12. Part. 5.
(3) L. 34. del mismo tít.
(4) L. 30. ya citada.
(5) L. 33. del mismo tít.
(6) L. 31.
(7) L. 31. tít. 12. Part. 5.
(8) L. 28. tít. 12. Part. 5.

á que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor.* La segunda compete al administrador contra el ausente, para que lo indemnice de las impensas necesarias y útiles &c.

2.° El segundo cuasi contrato, es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la república, es cargo público: respecto del pupilo que està bajo de ella, es una cualidad de los hombres que no están bajo de potestad, de los cuales unos están bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de ésto están sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuasi contrato, porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo, aquí se presume que consiente segun la regla 1.ª dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

La accion que nace de este cuasi contrato se llama accion de tutela, la cual es, ó directa ó contraria. La primera intenta el pupilo, y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños, si los ha habido: éste para que se le indemnice. Estas mismas acciones cuando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman útiles, porque todas aquellas acciones que no nacen de las palabras literalmente tomadas de las leyes, sino de interpretacion sacada de su espíritu, se llaman útiles. Finalmente: estas acciones no se deben confundir con la que se dá contra el tutor sospechoso, ni contra el que dió malas cuentas, pues aquellas nacen de cuasi contrato, y éstas de delito.

3.° y 4.° El tercer cuasi contrato es la herencia, y el cuarto la comunion de cosas. Propiamente hablando, una y otra son derecho en la cosa: esto es, un derecho hereditario, y un dominio comun ó que pertenece á muchos; pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun, es cuasi contrato, porque el que administra, se presume que consiente en dar cuentas con exactitud y en hacer á su tiempo la division, (1) siendo constante que quien quiere lo que antecede, debe querer lo que es consiguiente. Asimismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga, á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro. (2)

5.° El quinto cuasi contrato es, la aceptacion de la herencia. El heredero, pues, por este acto cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que se obliga á pagarles sus legados y fideicomisos. (3) Mas á los acreedores

(1) Principio del tít. 15. Part. 6. y L. 6. del dho. tít.
(2) Dicha ley 6. al fin.
(3) L. 3. tít. 9. Part. 6.

del difunto queda obligado en virtud del contrato mismo por qué se obligó él, pues representa en todo su misma persona.

La accion que nace de este cuasi contrato, se dá á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento, contra el heredero que aceptó la herencia, para que les pague cualquiera cosa que les toque en su virtud, con sus frutos y accesiones.

6.º El último es, la paga indebida, la cual es *un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho ha pagado algo que ni aun naturalmente debe, se presume que obliga al otro á la restitucion de lo que por ignorancia recibió.* (1) Se dice que es un cuasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido á mútuo.

Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada, estas son: 1.ª en el que paga, ignorancia: 2.ª que lo pagado no se deba; y 3.ª en el que recibe, buena fé. Por lo que hace á lo primero, hemos dicho, que en el que paga se requiere ignorancia; porque si á sabiendas paga lo que no debe, se presume que dona. (2) Mas la ignorancia puede ser de derecho ó de hecho: el que paga por ignorancia de derecho no puede repetir en castigo de faltar à la obligacion que todos tienen de saber las leyes; si no es que sea soldado, muger, menor de 25 años ó labrador, que están escusados. (3) El que pagó por ignorancia de hecho tiene repeticion, porque en esto puede cualquiera padecer engaño. (4)

Se requiere en segundo lugar, que la paga sea indebida. Mas una cosa puede ser indebida, ò porque aunque se debe naturalmente no se debe por derecho civil; ó porque aunque se debe por este derecho, no se debe por el natural; ó porque de ningun modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de retencion, (5) lo cual no sucede en los dos posteriores, y por eso se concede repeticion.

Finalmente: en el que recibe ha de haber buena fé; pues si sabe que nada se le debe y con todo recibe, es ladron, aunque por ser esto dificil de probar no se le reconvendrá con la accion de hurto, sino con la de este cuasi contrato, que se llama condiccion, ó accion para cobrar lo pagado indebidamente.

---

(1) L. 28. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 30. tít. 14. Part. 5.
(3) L. 31. tít. 14. Part. 5.
(4) Arg. de la ley 31. ya citada.
(5) Arg. de dicha ley 31.

TITULO XXIX.

Por medio de qué personas se adquiere la obligacion.

Este título es el mismo que el IX del libro 11.°, pues por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas, adquirimos las obligaciones; por lo cual se omite tratar de él por no haber otra cosa que añadir.

Apéndice.—*De transaccion.*

Nada conviene tanto á la tranquilidad de los pueblos como el mantenerlos en paz porporcionándoles á sus moradores los medios á propósito para cortar las discordias que se ofrecen á cada paso, movidas por la enemistad, el ódio y las inquietudes del ánimo. (1) Las leyes pròvidas siempre en beneficio de la sociedad, han reconocido é introducido en su favor el sencillo y muy espedito medio de la transacion. Por esta entiende el Derecho, un contrato ó convenio celebrado entre dos ó mas personas por causa de algun lítis ò controversia judicial pendiente, y cuyo éxito sea dudoso, por el que se da ó se remite determinada cosa la una parte á la otra. (2)

Del mismo contesto de la difinicion inferirá cualquiera las condiciones precisas para que se formalice este pacto y sea obligatorio: 1.° que recaiga sobre punto sometido al litigio, ó que provablemente se le prepare: 2.° sobre cosa que esté en el comercio de los hombres, ó que no se prohiba por la ley: 3.° que el éxito sea incierto en la definitiva: 4.° que la celebren las partes contendentes: 5.° que no se reserven accion en cosa litigiosa: 6.° que no sea gratuita sino onerosa. Con estas seis condiciones se formalizan las transaciones.

En cuanto à la primera, consta que no podrá transigirse àntes de movido el pleito, ó que estrajudicialmente no hayan precedido algunas reconvenciones entre interesados, preparatorias para introducir la competente accion; por faltar la causa antecedente, primordial, é impulsiva del contrato. Algunos quieren (3) que precisamente haya comenzádose la controversia por evitar las ficciones de litigios que no puede haber. Pero sobre no encontrarse disposicion jurídica que lo prevenga; el que se comience el pleito no destruye la malicia de los litigantes, esto es, lo 1.°; lo 2.° ¿qué diferencia esencial se versa entre un lítis principiado, y lo que infaliblemente se prepara para entablarlo? ¿No es mejor prevenir el mal que curarlo? Por

(1) L. si quis ing. 21. §. últ. ff. de capt. et postl. rev.
(2) Arg. de la ley 5. tít. 16. Part. 5. y ley 1. tít. 1. lib. 10. Nov. R.
(3) Valeron, tít. 22. quæst. 1. núm. 22.

lo ménos asi lo inspiran la razon y las leyes. (1) De contado pues, que la transaccion cabe tambien en cualquier tiempo de la lid ántes de la sentencia definitiva, ó despues de ella si se ha apelado, ó si se ha suplicado ó contradicho de nulidad; porque todavia permanece dudoso el éxito: y simultáneamente se infiere, que tenièndose toda sentencia definitiva no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, por indubitable hasta el grado de producir entre las partes una verdad, es viciosa la transaccion que se formalice en este concepto.

La segunda condicion es absolutamente indispensable so pena de nulidad en lo estipulado, puesto que investida la transaccion con el carácter del contrato oneroso mútuo obligatorio, le son relativas cuantas propiedades comprendan en general las convenciones; y siguiendo el hilo de esa misma regla, no serán materia apta para transigir sobre ellas, las cosas comunes de uso pùblico, así como las sagradas, religiosas y santas: (2) y tampoco es admisible la transaccion sobre cosas ilícitas, cualquiera que sea el objeto bueno que se hayan propuesto los otorgantes, (3) porque en ese caso se estima injusto por serlo el convenio que le sigue.

Ménos puede celebrarse acerca de causas matrimoniales (4); ni de cosas dejadas en testamento cerrado; ni sobre alimentos de futuro consignados en él sin conocimiento judicial; últimamente no se permite en los crímenes capitales públicos que no infieren pena de sangre. (5) Mas téngase presente, que aunque en el legado de alimentos se comprende el vestido, calzado, habitacion, curacion de enfermedades, y otras cosas necesarias para el adorno de las personas; (6) cuando se transige sobre ellos no se estiende á estas cosas, à no ser que especialmente haya en la transaccion mencion espresa de ellas, ó que de otro modo se entienda fueron concedidas. (7) En una palabra, bajo este órden están comprendidos todas las cosas que prohibe el Derecho.

Atento á la tercera circunstancia, las leyes guardan igual severidad. Si yo litigante con Juan sobre el dominio de un predio rústico, v. g., estoy cierto y convencido que su propiedad le pertenece esclusivamente por todos motivos civiles y naturales, la transaccion pactada con él sea del modo que fuere, cae de su valor, se irrita, se desvirtúa en términos de no poderse convalidar por ningun pretesto; y la razon está en que no hay

(1) Melius est. L. fin. C. in quib. caus. in int. restit.
(2) Instit. de rer. diviss. y ley 34. tít. 14. Part. 5.
(3) Cap. 4. D. q. 2.
(4) Cap. fin. h. t.
(5) Ll. 6. 8. ff. h. t. 51. §. 2. ff. ad leg. Aq. et 18. C. ej. tít.
(6) L. 8. tít. 23. Part. 7.
(7) L. 3. ff. huj. tít. §. 12.

aquella incertidumbre ó duda controvertible que solamente se requiere siempre para dar al acto sus efectos. (1)

Que la transaccion la celebren las partes contendentes fué la 4.ª condicion que sentamos para que este pacto adquiera validez. Dos son las personas entre quienes por lo ménos se ejercita un juicio, y todas sin escepcion deben concurrir à la concordia, porque aquello que pertenece á varios sugetos, no puede sin su consentimiento espreso ó tácito avenirse, y es preciso contar con ellos para que el acto no se aventure á la revocatoria, (2) á no ser que alguno renuncie del derecho introducido en su favor. Pueden no obstante celebrar la transaccion todos los que interesen en ella por medio de apoderados, concediéndoles los comitentes esta facultad terminantemente, no de otra manera, y con el requisito de hacerlo constar en bastante forma, pues no produce mérito alguno el prestar caucion de *rato et grato* para entender en esta.

La quinta condicion pide, que los contrayentes no se reserven accion en la cosa litigiosa, lo cual apoya una ley del Còdigo que sigue la práctica como racional á falta de ella en nuestras recopilaciones. (3) Recordemos ahora lo que dijimos hace poco hablando del segundo requisito respecto á los contratos; y no olvidemos que los pactos por nuestras disposiciones legales producen accion segun lo pida la materia y las circunstancias que visten el contrato, por la regla general de que, en cualquiera manera que uno se quiso comprometer, queda obligado á la promesa y á todos sus respectivos efectos; pero en las transacciones hay de singular, que no se debe eviccion por el contrato, puesto que como no se trata mas que de cortar el pleito, esta intencion no puede concederle á ninguna de las partes un nuevo derecho precisamente sobre la cosa litigiosa, puesto que el poseedor la retiene como propia, lo cual se entiende sin perjuicio de los derechos de otro tercero, porque la transaccion nunca daña ó favorece sino es á los derechos de aquellos entre quienes se celebra. (4)

Por última condicion se ha dicho que las transacciones deben ser onerosas. Para la mas perfecta inteligencia de este requisito repasemos que los contratos en razon de su causa inductiva se dividen por los juristas en *gratuitos y onerosos*. Sepamos pues qué significan estas voces.

Contratos *gratuitos* son aquellos en quienes interviene solo el vìnculo de la amistad; es decir, que útil á una parte no mas, se obliga éste á la otra sin concurso de mas interes ni

---

(1) Ll. 207. ff. de reg. jur. y 32. tít. 34. Part. 7.
(2) C. 29. de reg. juris in 6.°
(3) L. 29. C. de pact. cap. 6. de privil.
(4) Ley 7. tít. 11. Part. 5.

premio que el de hacer un servicio al amigo, en tales términos, que si se intercala algun precio, degenera el contrato y deja de llamarse gratuito pasando á clasificarse entre los *onerosos.* (1)

Estos se dicen así en contraposicion á lo que acabamos de definir, porque en estos se versa la utilidad de ámbas partes; siendo por lo tanto que muchos suelen conocer esas dos diferencias con el nombre de *unilateral* al contrato gratuito, y *bilateral* al oneroso.

Entendida esta superficial digresion, se entenderá tambien lo dicho acerca de que la transaccion debe ser onerosa; quiere decir gravada con responsabilidad de una y otra parte. Y en efecto, que como una traslacion de dominio es preciso que mútuamente se remitan, traspasen ó retengan alguna cosa de lo que ha de someterse á la negociacion segun mejor se avengan; y cuyo requisito es el que mas esencialmente compete á la transaccion: pudiéndose para mas afianzarla imponerse penas convencionales, y reforzarla con juramento, (2) esplicando en la escritura cuanto conduzca al esclarecimiento de todos los pormenores estipulados con el objeto de que no vuelvan á suscitarse cuestiones nacidas de lo mismo que se practica para cortarlas.

Consiguiente á estos palpables elementos, si la transaccion está legitimada con la observancia de ellos, el acto queda equiparado á cosa juzgada, porque como muy conveniente à la sociedad humana el que los litigios no queden dormidos por temor de que fermente la discordia, quiere la ley que produzca escepcion de pleito concluido, (3) aun cuando se preteste por el actor haberse encontrado algunos instrumentos que la invaliden, pues en ese evento tiene únicamente lugar la via de recision porque intervino dolo, miedo grave, error substancial, lesion de menor, ó consentimiento de ámbas partes, como queda insinuado hablando de la cuarta condicion, y con la cortapiza de no viciar este último supuesto con un arrepentimiento al cabo de mucho tiempo.

Resta, pues, que para concluir examinemos una cuestion importante al Real Fisco que nace de lo esplicado, y es: si por la transaccion *se causa alcabala*, en cuyo artículo segun sentir de los señores Acebedo, (4) Paladorio, y otros con ellos, (5) que afirman no se debe, hay un vacío muy notable. Su razon la hacen consistir en que la transaccion es un pacto

(1) Prólogo á la misma partida.
(2) Leyes 34. tít. 11. id. y la 7ª tit. 1. lib. 10. Nov. Rec.
(3) L. 17. C. de transact.
(4) Acebed. in l. 2. tít. 17. lib. 9. Reç. de Cast. núm. 20.
(5) Parlad. diff. 44. núm. 16. y siguient.

que se produce en virtud de obligacion precedente ó de ley que la induce, á manera de la cesion, de los derechos y de las acciones, por no ser estos propiamente venta sino ejecucion del primer contrato. Esto me parece que dicen en compendio.

No obstante, séanos lícito confesar que quizá no podemos alcanzar el fondo de su doctrina, por no atinar ni percibir cual sea esa obligacion dimanada del anterior contrato á la transaccion, ni la ley que la haga presumir. Por el contrario, el de nuestra disputa está absolutamente cometido al arbitrio de las partes entre quienes debe versarse. Celebrado conforme à las prevenciones de la ley y en los puntos que franquea, ¿quién desconoce que realmente existe una especie de enagenacion abierta de derechos, (1) mediante una permuta ó cambio recíproco exacto de cosas valiosas y estimables? ¿Deja acaso de intervenir ademas un precio paliado bajo las apariencias que se le dá?

Así que, no faltando ninguna circunstancia que acredite la que contribuye la forma á los trueques con que se consuma la venta bajo la denominacion de *avenencia*, ¿no está bien claro que se debe alcabala de ella en el valor de la especie ó especies que concurrieren á la formalizacion, cabalmente siendo uno de los recursos en que con destreza puede encubrirse un fraude como en el contrato de donacion, locacion conduccion, en los tèrminos que describe la real cédula de 21 de Agosto de 1777?

TITULO XXX.

De los modos de desatarse las obligaciones.

Hemos concluido ya la materia de contratos: mas como no solo importa saber cómo se contraen las obligaciones, sino tambien cómo se disuelven despues de contraidas; síguese ahora tratar de esto en el último título de este libro.

Toda obligacion se quita, ò *ipso jure*, ó mediante alguna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*, cuando el modo de disolverla surte su efecto desde el instante en que existe, sin necesidad de que se oponga escepcion alguna; v. g., en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacion mediante escepcion, cuando no se disuelve hasta el momento en que se opone: v. g., la deuda contraida por un hijo de familia que recibió á mútuo. En este tìtulo se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras: ó comunes à todos los contratos, ó propios

(1) L. 4. C. de prædiis Minor.

y peculiares de alguno: v. g., la paga es comun á todos los contratos; y así, de este modo se acaba la obligacion del mútuo, comodato, compra &c. Por el contrario: por el mútuo disentimiento solo se desatan los contratos consensuales: la razon es, porque no hay cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos son seis: 1º la solucion ó paga: 2º la compensacion: 3º la confusion: 4º la oblacion y consignacion: 5º la destruccion de la cosa; y 6º la novacion. (1) Entre los propios no contaremos mas que el mútuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa que llamaban los antiguos acceptilacion, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos.

El primer modo de quitarse cualquiera obligacion, es la solucion ó paga, la cual es: *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion.* (2) Se requiere una verdadera entrega, para que se distinga de la compensacion: porque aunque dice un proloquio de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pero hablando en rigor, la compensacion no es la paga de que aquí hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue, que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí, ó por otro, ya sea ignorante ò invíto, (3) pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice, no tiene accion contra èl por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consiente el acreedor. (4) En tercer lugar, se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado à recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas. Uno de ellos es la facilidad con que se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se tratò, y el que paga mas tarde, ó de otra suerte de cómo se convino, queda obligado á pagar á su acreedor los daños y perjuicios. (5)

Finalmente: el efecto que produce la paga hecha como

(1) L. 2. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 1. y 5. tít. 14. Part. 5.
(3) L. 3. al fin v. E non tan solamente tít. 14. Part. 5.
(4) Dha. ley 3. en el principio.
(5) L. 3. y 8. del mismo tít.

hemos insinuado es, estinguir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la obligacion principal, deben tambien cesar las accesorias; se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas, si las hubiere. (1)

El 2°. modo comun á todas las obligaciones, es la compensacion, la cual no es otra cosa, que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor. (2) Veamos ahora sus requisitos y sus efectos. Los requisitos son tres. 1°. Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura; porque una deuda eficaz, ó innegable, no se puede compensar con otra ineficaz, ó acerca de la cual se pueden oponer escepciones, como tampoco una lìquida y determinada, con otra ilíquida, ni una pura, con otra condicional; porque en todos estos casos es incierto si se debe, ó á lo ménos cuánto se debe. (3) El 2°. que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por la cual un género con otro, no se puede compensar: v. g., Ticio me debe un libro, y yo à él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3°. que uno mismo sea deudor y acreedor; y así, si mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor. (4) El efecto de la compensacion es el mismo que el de la paga; pero si las deudas son de diversa cuantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor: v. g., Ticio me debe mil pesos, y yo á él seiscientos, en este caso por la compensacion se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme.

El 3°. modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la cual entendemos aquí, el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion, es claro, porque ¿quién podrá ser deudor y acreedor de sí mismo? Este caso se puede figurar en la herencia: v. g., Ticio me debe mil pesos: al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento: si yo acepto la herencia, por el mismo hecho me hago acreedor de mì mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion.

El 4°. modo por el cual se puede quitar toda obligacion, es la oblacion, y consignacion de la deuda. Este tendrá lugar

---

(1) L. 1. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 20. del mismo tít.
(3) Dha. ley 20. al fin.
(4) L. 21. tít. 14. Part. 5.

siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ó porque no quiere ó porque no puede: v. g., uno me vendió á mí una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase: pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y él no lo quiere recibir por continuar percibiendo las usuras: en este caso puedo usar de la oblacion y consignacion. Esta, pues, es: un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez y depositar, toda la suma que debe á su acreedor, à quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibírsela. (1) Se requiere, pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor en tiempo y lugar conveniente, y que éste no lo haya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1º. Que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2º. Que cesan de correr las usuras. 3º. Que si por algun caso se pierde el dinero en el dicho depósito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor. (2)

Síguese la destruccion de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber cómo y cuàndo se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser género, v. g., un caballo, ó especie, v. g., tal caballo, ó cuantidad; v. g., cien pesos. Si se debe género ó cuantidad, la pérdida ò destruccion de la cosa no libra, porque el género y la cuantidad nunca perecen. Pero si se debe una determinada especie, v. g., esta casa, ó tal caballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie, se estinguió la obligacion. (3) La razon es, porque lo que ya no existe es imposible entregarlo. Se esceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si éste fuese moroso en entregarla, pues entònces deberá pagar la estimacion de la cosa perdida. (4)

El 6º. y último modo comun de quitarse las obligaciones es, la novacion, que no es otra cosa que una transfusion ò translacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion, civil ó natural, sin intervencion de nueva persona; de suerte, que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ó dejan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legítimamente. (5)

---

(1) L. 8. tít. 14. Part. 5.
(2) L. 8. ya citada al fin.
(3) L. 9. tít. 14. Part. 5.
(4) Dicha ley 9.
(5) L. 15. tít. 14. Part. 5.

La novacion es de dos maneras; una que se llama voluntaria, y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion: v. g., convenimos en que el dinero que tengo en depósito lo tenga á mútuo: aquì ninguno nos precisa á novar; y así, esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la lítis contestacion, la cual se llama *aumentiva ó comulativa*, porque no estingue la obligacion primera, ántes bien la robustece y fortifica mas; v. g., debo cien pesos en virtud de mútuo: se presenta el acreedor contra mí para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándolo yo se hace novacion, y debiendo ántes solamente por mútuo, comienzo ya à deber por el cuasi contrato de la lítis contestacion; y así, cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrá por el actor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada. (1)

Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente; y así, porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarlo mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto, no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, á ménos que se pacte espresamente. [*]

Síguense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la acceptilacion, y el mútuo disenso. Por acceptilacion entendian el darse uno por recibido de lo que se le debe y perdonarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse cualquiera obligacion, no solo las verbales como querían los romanos; de suerte que entre nosotros no habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mútuo disenso. Este no es otra cosa, que una convencion contraria á la primera, que todavía no se habia cumplido por ninguna de las dos partes: v. g., habia yo convenido con Ticio en que le compraria tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, éste será mútuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contratos consensuales ántes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque pueden apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero.

---

(1) Véase á Febr. del juic. egec. lib. 3. cap. 2. §. 4. núm. 220 á 222.

[*] Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen á la novacion en una que se hace sin delegacion, y otra

LIBRO IV.

TÍTULO I°

De las obligaciones que nacen de delito.

Todo derecho à la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la obligacion. Esta trae su orígen, ó inmediatamente de la equidad ó mediante algun hecho, el cual es, ó lícito ó ilícito. El lícito lo hemos llamado convencion, tratando de los contratos. Mas como el hecho ilícito, que es otra fuente de diversas obligaciones, se llama *delito* ó maleficio, sìguese ahora tratar de los delitos.

§. I.

De los delitos en general.

Por delito entendemos: *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien lo ejecuta, así á la restitucion como á la pena.* (1) Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos están escluidos los pensamientos. (2) *Ilícito*, porque cuando no hay ley que prohiba, sea

---

con ella. La primera se hace, cuando permanece el mismo deudor y acreedor, y solo se muda la forma de la obligacion. La segunda es, cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1° Mudando la especie de obligacion; v. g., debia ántes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo: 2.° Añadiendo, ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. g., ántes debia yo cien pesos sin usuras, ahora prometo los mismos con usuras: 3° Si nada se muda sino solamente se renova la primera obligacion. La renovacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sí la obligacion, de suerte que quede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama espromision. Véanse algunos casos de novaciones ménos propias que trae Febrero en el lugar ya citado número 223.

(1) Pról. del tít. 1. Part. 7.

(2) Tít. 31. Part. 7. No se debe confundir el delito con el pecado, por ser dos cosas realmente diversas. Toda accion contraria á la ley divina, sea interna ó esterna, es pecado. Mas ningun acto puramente interno, aunque pecaminoso, es delito; porque aun las acciones esternas para que lo sean, es necesario que con ellas se perturbe la tranquilidad pública, ó la seguridad de los particulares. Nadie duda que un pensamiento impuro, consentido interiormente con deliberacion, es pecado, y pecado grave; pero ni es delito, ni está sujeto á las leyes humanas. La razon de todo esto es clara. Los hombres cuando se unieron para hacer vida sociable, y renunciaron la facul-

natural ó civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar. [*] Finalmente se añade que por el delito *se obliga quien lo comete à la restitucion y á la pena;* porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar, el daño hecho á otro, y la infraccion de las leyes: lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible: y por lo segundo es justo que sufra la pena.

Todo hecho ilìcito puede traer su orígen ó de dolo, esto es, de intencion directa de dañar, y entónces se llamará *delito verdadero;* ó de culpa lata, esto es, de descuido y negligencia, y entónces es *cuasi delito:* (1) v. g., si un juez dá una sentencia injusta por dañar á otro, comete un delito verdadero, pero si lo hace por ignorancia será un cuasi delito. Los

---

tad que tenian de usar de sus fuerzas particulares depositándolas en la comunidad, lo hicieron con el objeto de que se mantuviese siempre ilesa la sociedad, porque de su conservacion y buen órden depende la mayor seguridad de los particulares, que es lo que principalmente fueron á buscar á la sociedad. Síguese de aquí con evidencia, que no pueden ser castigadas por las leyes, ni reputadas como delitos, sino aquellas acciones esternas que directa ó indirectamente turban la pública tranquilidad, ó la seguridad de los particulares. No sucede así con el pecado. El hombre aunque nunca hubiera de vivir en sociedad, no puede prescindir de las relaciones de dependencia esencial y necesaria que tiene con Dios, como criatura con su Criador. Toda accion que de cualquier modo ofende estas relaciones, es verdaderamente pecado. Pero como la gravedad y medida de éste, depende de la imponderable malicia del corazon humano, Dios que solo es capaz de conocerla, ha reservado á su omnipotencia el castigo de los pecados, y el modo y tiempo en que debe ejecutarse, y por consiguiente no pueden sujetarse á la jurisdiccion de las leyes humanas. Fuera de que, si estas hubieran de castigar todos los pecados de los hombres, siendo tan frecuentes por la corrupcion de la naturaleza, en vez de conservar la sociedad que es su verdadero y principal fin, conseguirian destruirla. Ademas de que tampoco seria posible castigarlos por su multitud. Lardizabal Disc. sobre las penas cap. 4. §. 1.

[*] Aunque el ébrio esté privado de conocimiento, esta falta de libertad no debe influir para la disminucion ó remision de la pena. En estos casos parece que se debia hacer distincion entre el que se embriagó por casualidad, y el que lo hace por hábito y costumbre. Al primero, si delinque estando privado de su juicio, se le debe disminuir y tal vez remitir la pena, segun las circunstancias: el segundo, debe ser castigado como si hubiera cometido el delito estando en su acuerdo, sin tener respeto ninguno á la embriaguez, sino es para agravarle la pena. De Pícato se dice, que imponia dos penas al que cometia un delito estando embriagado, una por el delito, y otra por la embriaguez. No debe decirse lo mismo del loco ó mentecato, que careciendo enteramente de juicio sin culpa suya, es mas digno de compasion que de pena. *El mismo.*

(1) L. 1. tit. 31. Part. 7.

verdaderos delitos, de que tratarémos primeramente, ò son públicos ó privados. Delitos públicos son aquellos que se dirigen principalmente, contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos*, y tambien *crímenes*: v. g., el delito de lesa-magestad ó de traicion. Delitos privados son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

La diferencia de delitos públicos y privados, no solo nace de la diversidad de objeto contra quien primariamente se dirige el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, si no es que le esté espresamente prohibido. En este sentido por nuestro derecho, todos los delitos son públicos, (1) á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder, sino á pedimento del marido, (2) y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado. (3)

Los delitos en general tambien se dividen en ordinarios y estraordinarios: aquellos son los que tienen pena señalada por la ley, y estos los que se vindican fuera del órden, por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy estraño no la tendria señalada. Lo que sí sucede frecuentemente es, que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar à los reos, así por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo porque la mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito.

Finalmente: hay unos delitos meramente eclesiásticos, otros meramente seculares, y otros mistos. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos: v. g., los delitos comunes de los clèrigos, la simonía, la heregìa. (4) Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solamente sujetos á su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil, y

(1) L. 28. y sig. tít. 1. Part. 7.
(2) Ll. 3. tít. 7. lib. 4. Fuero Real, y 2. tít. 19. lib. 8. Rec. de C. L. 4. tít. 26. lib. 12. Nov. Rec.
(3) L. 4. tít. 10. lib. 8. Rec. de Cast. L. 3. tít. 25. lib. 12. N. R.
(4) L. 58. tít. 6. Part. 1.

no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo: v. g., el delito de traicion, de falsedad &c. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiásticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero:* v. g., la usura, sacrilegio, blasfemia &c.

Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente, que los reyes en virtud de la suprema potestad, que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos atentos siempre al obsequio y reverencia debida à la iglesia y á sus ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de éstos, (1) aunque con algunas limitaciones, pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sujetos á su jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes*, y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa-magestad, el de parricidio, homicidio incidioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al consejo para lo que haya lugar. (2)

En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes. (3) Pero en semejantes casos para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes, sin que preceda la degradacion y libre entrega, (4) remitiendo al efecto las causas á los prelados respectivos.

El efecto de los delitos es, que de ellos nacen regularmente dos acciones: una persecutoria de la cosa ó del daño, y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta. (5) En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos civilmente: mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte, se dirá intentarse criminalmente.

---

(1) Vanesp. Part. 3. tít. 3. cap. 1.

(2) Real órden de 19 de noviemb. de 1799. Nota 10. tít. 1. lib. 2. Nov. Rec., y circular de 15 de setiemb. de 1815.

(3) L. 60. tít. 6. Part. 1.

(4) Bened. XIV. de syn. Dioeces. lib. 9. cap. 6.

(5) Arg. de las 41. y 25. tít. 1., y 18. tít. 14. Part. 7.

Entre los dos géneros de acciones esplicadas hay vàrias diferencias. La primera: que las persecutorias de la cosa se dan contra los herederos, á lo ménos en cuanto hubieron del difunto: mas las penales no, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda: que las persecutorias no infaman como por lo regular las penales. Tercera: en las persecutorias si los delincuentes son muchos, todos están obligados *in sòlidum;* pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno. De aquí se infiere, que las acciones rei persecutorias y penales, no se destruyen mútuamente, de suerte que intentada una, no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ámbas cosas.

Por pena entendemos: un mal que se hace sufrir á los delincuentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido. (1) Entre èstas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil: v. g., la horca, el destierro perpetuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan à la pérdida de la vida, como azotes, infamias &c. (2)

Veamos ahora los delitos en particular, y primeramente los que el derecho de romanos llama *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

§. II.

Del hurto.

El hurto no es otra cosa: que *una contrectacion* [*] *fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar.* (3) Decimos que el hurto es *contrectacion*, porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino tambien el que la mueve de su lugar con intencion de llevársela. De aquí se infiere, que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, deberà éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa; y que no merecería sino pena estraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar, pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una

---

(1) L. 1. tít. 31. Part. 7.
(2) Arg. de la ley 4. tít. 31. Part. 7.
[*] Se usa de la palabra *contrectacion*, que es latina, derivada del verbo frecuentativo *contrecto*, *contrectas*, por no encontrar en nuestra lengua castellana voz, que segun la acepcion del derecho sea tan significativa, ni que tan propiamente esprese el acto con que el ladron echa mano á la cosa agena, la toma y se apodera de ella.
(3) L. 1. tít. 14. Part. 7.

contrectacion *fraudulenta*, asì porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarlo de la rapiña, que es el acto de quitar una cosa á otro, no fraudulenta, sino violentamente. Pero se infiere de aquí, que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni próximos á la infancia; (1) porque hasta esa edad no son capaces de dolo. [*] Pero sí lo cometerán los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad. Decimos que el hurto ha de ser *de cosa agena*; porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaría hurto, por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya: [**] y mucho ménos de la que sea de ninguno, pues esta debe ser del primero que la ocupe. Asimismo se deduce la razon porque no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con los frutos, y es castigado, aunque no como ladron. (2) Decimos tambien, que esta substraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si esta se presume ó se supone de buena fé, no habrá hurto. (3) Asimismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad estrema no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, ó á lo ménos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade, que en este caso las cosas se hacen comunes.

Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, á lo ménos en cuanto á los efectos civiles, pues en lo moral peca, y es verdadero ladron; pero no nace accion de hurto, ni se le impondrá la pena de tal. Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido, y del siervo respecto de su señor. (4) Finalmente: se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando ésta, será otra especie de delito; y así, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi cosa para dañarla ó para injuriarme, no comete hurto. (5)

---

(1) L. 17. tít. 14. Part. 7.

[*] Próximo á la infancia se llama en las leyes, el mozo mayor de siete años, y menor de diez y medio, pues de ahí adelante se llama próximo á la pubertad.

[**] Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su crédito, aun siendo señor de ella, pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego hablando de las divisiones del hurto.

(2) L. 21. tít. 14. Part. 5.

(3) L. 1. tít. 14. Part. 7.

(4) L. 4. en el princ. tít. 14. Part. 7.

(5) L. 1. tít. 20. Part. 7.

Divídese este delito en hurto de cosa, de uso, y de posesion. El primero es tomar una cosa agena mueble, porque si fuere raiz no será hurto, sino fuerza ó violencia. (1) Hurto de uso se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa agena, usa de ella de otra suerte de cómo debia, contra la voluntad de su señor: v. g., si usa de una cosa dada en comodato para mas tiempo del que se le concedió. (2) Finalmente: hurto de posesion se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseida por otro: v. g., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda. (3)

Se divide tambien el hurto en manifiesto, y no manifiesto. Manifiesto se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la casa ó lugar donde hizo el hurto, ó en cualquiera otro; pero ántes de transportarla á aquel á donde intentaba, ahora fuese preso, hallado ó visto por el dueño, ó por cualquiera otro. No manifiesto es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladron. (4) Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la práctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

De mas utilidad es la division del hurto en simple, y calificado. Simple es el que se comete sin quebrantamiento ni violencia. Calificado es aquel en que intervienen algunas circunstancias que lo agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ó entrando con armas. (5) El hurto simple se subdivide en grande y pequeño: es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ò menor cantidad hurtada, como tambien á las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche; por la primera, segunda ó tercera vez; en la ciudad ò en los caminos: todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto, y la pena que se le debe imponer. (6)

§. III.

De las acciones que competen contra los ladrones, y penas que les impone el derecho.

Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó crimi-

---

(1) L. 1. tít. 14. Part. 7.
(2) L. 3. tít. 14. Part. 7.
(3) L. 9. tít. 14. Part. 7.
(4) L. 2. tít. 14. Part. 7.
(5) L. 7. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. L. 1. tít. 14. lib. 12. Nov. Rec.
(6) L. 18. tít. 14. Part. 7. y Ll. 7. y 9. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 14. lib. 12. Nov. Rec.

nalmente: si intentáremos la accion civilmente, tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecuniaria, siempre que la haya establecida por las leyes, á mas de la restitucion de la cosa ó satisfaccion del daño; pero si se intentare criminalmente, se le castigará corporalmente con la pena impuesta al delito para escarmiento de otros malhechores; como v. g., con azotes, destierro &c.

En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ò exigir la estimacion á aquel que se la hurtó, [*] debe el ladron si el hurto es manifiesto, pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el no manifiesto el dos tanto ó duplo; (1) estendièndose esta pena contra los que dan ayuda ó consejo tal, que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho. (2) Pero convienen todos en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones, no estan en uso, sino solo las corporales que diremos, ú otras á arbitrio del juez atendidas las circunstancias, precediendo siempre que sea posible la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjucio.

Acerca de los hurtos simples y calificados està dispuesto, que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras, ó á algun presidio. (3) Por el segundo, cien azotes y diez años de destierro. (4) Posteriormente se ha declarado, que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y cómo se regulare la cualidad del delito, teniendo presente para ello, la repeticion ó reincidencia, el valor de lo hurtado, la calidad de la persona à quien se hurtó, y la del delincuente &c.; y esto es lo que se practica, por ser dificil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto. (5) Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como á ladron famoso; (6)

---

[*] Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos, segun hemos notado yá; pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos; si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser esta accion puramente penal. Así lo dispone la ley 20. tít. 14. Partida 7.

(1) L. 18. tít. 14. Part. 7.

(2) L. 4. del mismo tít. Ant. Gómez var. resol. cap. 5. núm. 4.

(3) Ll. 7. y 9. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2 tít. 14. lib. 12. Nov. Rec. y la 18. tít. 14. Part. 7.

(4) L. 7. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. L. 1. tít. 14. lib. 12. Nov. Rec. y Prag. de 19 de marzo de 1771.

(5) Real decreto de 18 de abril de 1746.

(6) Arg. de la ley 7. tít. 11. lib. 8. Rec. de Cast. L. 1. tít. 14. lib. 12. Nov. Rec. y ley 18. tít. 14. Part. 7. y en ella Gregorio Lopez glosa 5.

con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias. (1)

En el hurto calificado se debe imponer pena de muerte, aun por el primero en los casos siguientes. 1.º Si fuere ladron conocido que públicamente robase en los caminos. 2.º Si fuere corsario ó ladron que roba en el mar con navíos armados. 3.º Si fuere ladron que entrase por fuerza á la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. 4.º Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada. 5.º Si algun oficial del Rey, que tuviese en guarda algun tesoro ó hubiese de recoger sus pechos, ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello. 6.º Si el juez hurtase el dinero del Rey ò de algun concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte. (2) Tambien se debe imponor la misma pena á los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cuatreros*, en el caso de que lo acostumbren y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero si se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan número de bestias suficiente á llamarse grei; v. g., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas. (3)

Por el segundo hurto calificado, impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros. (4) Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones, sino en algunos casos de estraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como calificados con penas de vergüenza, de azotes, de servicio en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ó ménos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente.

§. IV.

A quienes compete la accion de hurto.

La accion de hurto se concede por derecho á todos aquellos à quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella sino solo poseedores por algun título honesto. (5) Por falta de esta circunstancia no se le con-

(1) L. 17. al fin. tít. 14. Part. 7.
(2) L. 6. tít. 5. lib. 4. del Fuero Real. y 18 tít. 14. Part. 7.
(3) L. 19. tít. 14. Part. 7.
(4) Ll. 6. y 7. tít. 28. Part. 2.
(5) Arg. de la ley 9. tít. 14. Part. 7.

cede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inicua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo: v. g., en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es, que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prendas por su deudor; (1) pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda verificado el pago de la deuda, si por culpa suya fué hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito estè asegurado con prenda. Asimismo el conductor puede intentar la accion de hurto, si por falta de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberá pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin culpa suya, solo al señor competerá la accion de hurto, porque en este caso á solo él interesa. (2)

En la cosa dada en préstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla à aquel á quien la dió prestada, ó al ladron. Pero si escogiere ó le pareciere mejor demandarla á este, no puede despues reconvenir al ladron, aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien sí podrá en este caso demandar al ladron. Y si el comodante elige demandar al ladron, no le quedará accion contra el comodatario, aunque no la pueda recobrar del ladron. (3)

Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no compete al depositario la accion de hurto, porque como no presta mas que el dolo, no interesa à èl, sino al señor el que la cosa no perezca; si no es que por alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podria intentar la accion de hurto. (4)

TITULO II.

De la rapiña.

El segundo delito de los que llaman privados es la rapiña. Esta es: *un despojo violento de la cosa agena mueble con*

(1) Dicha ley 9.
(2) L. 10. tit. 14. Part. 7.
(3) L. 11. del mismo tít.
(4) L. 12.

intencion de lucrar ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo. (1) Decimos que la rapiña es *un despojo violento;* en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente. Decimos que debe verificarse *en cosa mueble;* en lo que conviene con el hurto, pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa agena*, pues la rapiña rigurosamente no tiene lugar en la cosa propia; aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebata del poder de otro una cosa suya, porque él mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez á quien corresponde administrarla. Por esta razon, y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, está dispuesto: que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierda el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlo. (2)

Finalmente, se añade en la definicion: que la rapiña se comete con intencion dolosa de hacer logro con la cosa agena: para que se escluya el hecho de algun furioso ó falto de juicio, que debe carecer de pena aunque violentamente arrebate alguna cosa.

La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triplo ó tres tanto del valor de la cosa robada, (3) la cual solo se puede pedir dentro de un año útil: (4) pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion, al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos. (5)

Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que lo han padecido intentar la accion de hurto manifiesto; aunque segun se ha advertido ya, estas penas no se practican.

Con tanto odio ve el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes: que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero

(1) Prolog. y ley. 1. tít. 13. Part. 7.
(2) Ll. 10. 11. y 12. tít. 10. Part. 7. y 11. tít. 13. Part. 5. y 1. tít. 13. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 34. lib. 11. Nov. Rec.
(3) Ll. 3. tít. 13. Part. 7. y 2. tít. 16. lib. 3. Rec. de Cast. L. 4. tít. 34. lib. 12. Nov. Rec.
(4) L. 3. tít. 13. Part. 7.
(5) Ll. 2. y 3. tít. 13. Part. 7.

acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, está se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gocen del beneficio de *caso de corte.* (1)

TITULO III.

De los daños hechos á otro contra derecho.

El tercer delito privado es, el daño hecho á otro contra derecho, por lo cual se entiende: *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre sin razon y sin justicia.* (2) Solamente esplicando su definicion, entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella, que este daño es, *toda diminucion ò menoscabo de nuestro patrimonio:* de donde se infiere claramente, que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito; v. g., la muerte ó heridas dadas á un hombre libre. Decimos tambien, que este menoscabo debe ser *causado sin razon y sin justicia;* porque el que obra del todo conforme á derecho, no delinque. De donde se infiere: que para la obligacion de resarcir el daño, importa poco que este haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levísima; porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el que sea cometido por dolo; con todo, las leyes guiadas por la razon, creen que es debido se resarza á otro cualquier daño que se le haya seguido por su negligencia, ò descuido capaz de ser evitado. (3)

De este principio de equidad nace: que sean responsables al daño que causaren, los que en parege de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño: de lo cual, se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la calle ó plaza pública; porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado. (4) Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta voz cuando arroja desde alto piedras ó tierra á ellas: el que corta ramas de árbol á la parte del camino público, sin prevenirlo ántes. (5)

---

(1) L. 1. tít. 15. Part. 7.
(2) L. 6. y sig. tít. 15. Part. 7.
(3) Dicha ley 6. y sig. tít. y Part.
(4) L. 27. del mismo tít.
(5) Ll. 6. y 25. tít. 15. Part. 7.

Igualmente es culpable el que hace trampas, ó cepos en caminos ó lugares públicos donde caen ó reciben daño los pasageros; y el que guiando bestias bravas no las guarda de suerte que no hagan mal. (1) El médico ó cirujano que por ignorancia curase mal á algun hombre ó bestia, ò que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre debe ser castigado á arbitrio del juez. (2) Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento enciende fuego cerca de paja, madera, mies ú otra cosa fácil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuese. (3) Son tambien responsables del daño los que en nave, ú otro vaso donde se guardan mercaderías hiciesen algo porque se menoscaben ó pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasageros las cosas que tienen colgadas á sus puertas ó ventanas. (4)

De todos los ejemplos puestos podemos inferir: que con cualquiera culpa que concurra, hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere, que al que usa de su derecho, no se le puede imputar el daño que sucediere, pues este no será hecho contra justicia; y así, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito: v. g., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ó si corriendo á caballo en lugar acostumbrado atropellare á alguno; (5) pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos. Pero lo dicho se ha de entender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido. [*]

(1) L. 7. del mismo tít.
(2) L. 9.
(3) Ll. 10. y 11.
(4) Ll. 13. y 16. tít. 15. Part. 7.
(5) L. 14. tít. 15. Part. 7.

[*] En la ley 18. tít. 15. Part. 7. se confirman dos capítulos de una ley que habia en derecho de los romanos llamada *Aquilia;* y dispone: que si alguno se querella delante del juez del daño que le fue hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ú otro cuadrúpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño, tanto, cuanto mas podria valer aquel animal desde un año ántes, hasta el dia en que lo mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ú otros males que los empeoraron; ó si matasen ò hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberá pagar tanto, cuanto mas podia valer la cosa en que se recibió el daño desde 30 dias ántes hasta aquel en que sucedió. Y no solo debe

TITULO IV.

De las injurias.

El último delito privado es la injuria, por cuyo nombre entendemos aquí: *cualquiera dicho ó hecho dirigido á la afrenta ó desprecio de otro.* (1) De esta definicion nacen várias divisiones: como segun dijimos, la injuria sera un *dicho ó hecho*, se sigue que toda injuria será, ó verbal, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó real cuando con hechos se daña la fama de otro; v. g., dándole bofetadas ó azotes. (2) Algunos añaden otras dos especies, á saber: escrita, que se hace por letras, y pintada con pinturas denigrativas, ó dirigidas á la burla ó deshonor de alguno; (3) pero no hay inconveniente en reducir la escrita á la verbal; y la que se hace por pinturas, à la real ó de hecho. Mas como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de ahì es, que unas se llaman simples, y otras atroces. (4) Simple se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que la agraven. Atroz por el contrario, es la que está gravada por cualquiera circunstancias de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1.° La atrocidad del hecho: v. g., azotar á alguno. 2.° La publicidad del lugar: v. g., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3.° La dignidad de la persona: v. g., si es un obispo, ó un magistrado el injuriado. 4.° El tiempo: v. g., si injurian á alguno al tiempo de celebrar su matrimonio. (5)

De la misma definicion se colige, que debe haber en el injuriante ánimo ó intencion de menospreciar, por lo cual, sin dolo no habrá injuria; y así, no será reo de este delito, ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshonrar. (6) Tampoco se deberán tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza; aun-

---

resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento, es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaría obligado el que lo causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hácia atras, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. Ley 1. tít. 4. lib. 4. del Fuero Real.

(1) L. 1. tít. 9. Part. 7.
(2) Dicha ley 1.
(3) L. 3. de dicho tít. 9. Part. 6.
(4) L. 20.
(5) Dicha ley 20.
(6) L. 8. tít. 9. Part. 7.

que en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancea, pues seria una escusa frívola la de un particular ò plebeyo que habiendo dicho á un príncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que habia sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancear de manera que se les pierda el respeto. Finalmente: no es reo de injuria el que dijo, ó hizo alguna cosa por enmendar ó corregir á otro sobre quien tenia autoridad: v. g., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y así, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podria intentar contra él la accion de injuria.

Finalmente: se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos: ó directamente, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada; ó indirectamente, de suerte que nos venga el desprecio por medio de alguno de los de nuestra familia: v. g., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo: un marido por la injuria hecha á su muger; y un señor por la hecha á su siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarlo á él. (1)

Hemos visto qué sea la injuria, y de cuántas maneras se haga: síguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas; ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro. (2) La pena que se debe imponer á cada injuria no está señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria, y persona injuriada. (3) Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1.ª es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debia, y ademas pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes que será para la càmara del Rey: y si el enfermo nada debia, se confiscará al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por

(1) L. 21. tít. 9. Part. 7.
(2) Dicha ley 21. tit. y Part.
(3) Dicha ley 21.

la injuria hecha á él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez. (1)

La 2.ª es llamar á alguno con los nombres injuriosos de *gafo*, *sodomítico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ò á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es, haber de desdecirse ante el juez y testigos, al plazo que se le señale, y ademas pagar la multa de mil quinientos maravedis, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante, no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedis mas, con la misma aplicacion, y otras penas á arbitrio del juez. (2) Al que llamare á otro *tornadizo* ó *marrano* con ánimo de despreciarlo por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedis para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagarlo todo de pronto, sea puesto en un cepo el tiempo de un año, y si ántes pudiere pagar, salga de la prision. (3) El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas, se impone la pena de dos mil maravedis para la cámara ó mas, á arbitrio del juez.

La 3.ª es escribir famosos libelos llamados *pasquines*, en los cuales se imputan delitos graves, ò se descubren los verdaderos con la mira de deshonrar en el público á otros. La pena impuesta á estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallándolo primeramente no lo rompen, sino que lo muestran á otros. (4)

La 4.ª es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos, y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la càmara, y si no las pudiere pagar, debe ser desterrado para siempre. (5)

El tiempo determinado por derecho para intentar las acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria. (6) Se acaba tambien la accion por condenacion ó remision de la injuria, la que puede hacerse espresa ó tácitamente, como si despues de haber-

(1) L. 11. tít. 9. Part. 7.

(2) L. 2. tít. 10. lib. 8. Rec. de Cast. L. 1. tít. 25. lib. 12. Nov. Rec.

(3) La misma ley 2. tít. 10. lib. 8. Rec. de Cast. Dha. ley 1.

(4) L. 3. tít. 9. Part. 7.

(5) L. 12. tít. 9. Part. 7.

(6) L. 22. del dho. tít.

la recibido comiese ó bebiese, ó jugase amigablemente con quien le injurió, en su casa ó en la de otro. (1) El ùltimo modo de estinguirse la accion es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa á los herederos, ni se dá contra ellos, como concedida para la venganza, (2) si no es en dos casos. El 1.º cuando acaece la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2.º en la injuria hecha al enfermo en los términos que dijimos, ó á los muertos. (3)

TITULO V.

De las obligaciones que nacen de cuasi delito.

Habiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña &c.; síguense los cuasi delitos, los que, segun dijimos arriba, son: *unos hechos ilícitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno.* (4) De estos se tratarán seis en este título: 1.º el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2.º el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar á los que pasan: 3.º el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles con peligro de que caiga: 4.º el de los maestres de navío, mesoneros &c., cuando los caminantes ó pasageros reciben daño: 5.º el de la misericordia intempestiva; y 6.º el de la condescendencia, ó connivencia.

El primer cuasi delito es, el del juez que sentencia mal. Mas en este se deben distinguir tres casos: 1.º cuando el juez por dolo ó intencion directa de dañar juzga mal: v. g., por amor, ódio ó corrompido por dinero: 2.º cuando por necesidad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiera medir á brazadas el derecho que nunca aprendió; y el 3.º cuando algun juez de aquellos que no son letrados dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso, es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil tiene la pena, no solo de pagar otro tanto cuanto hizo perder á aquel contra quien dió la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe él recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte; y aun cuando se le perdone la vida, debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus

(1) Dicha ley 22.
(2) L. 23. de dho. tít.
(3) Ll. 11. 12. y 23. del mismo tít.
(4) Arg. de la ley 25. tít. 15. Part. 7.

bienes. (1) Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ó por ódio, debe pagar á la cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y si no lo habia aun recibido, el dos tanto; y la sentencia que así fuere vendida, es nula, aun cuando no se apele de ella. (2) En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en España, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por él mismo, no es responsable sino solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colucion ó fraude. (3) Mas en la América por otra disposicion posterior, aunque son tambien responsables los asesores á las resultas en todas aquellas causas ó pleitos de derecho que determinan los jueces conforme á sus dictámenes; en asuntos gubernativos es igual la responsabilidad de jueces no letrados y sus asesores. (4)

Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entónces, es reo de un cuasi delito; porque aunque segun suponemos, no procedió con intencion de dañar, pero obró mal ejerciendo él oficio de juez, sin la correspondiente instruccion en el derecho, ó sin consultar á los jurisperitos en los casos árduos, en lo cual consiste su culpa. (5) La pena que se le impone es, que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella. (6)

El segundo cuasi delito consiste, en que de la casa de nuestra morada se haya arrojado ó derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbran pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino, ó poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramó aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente èl no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa, si se puede saber quién echò ó derramò, él solo estará obligado al daño; pero si nò, todos lo deberán pagar. Pero en esto se deben distinguir varios casos. El 1.º cuando por lo derramado ò arrojado se ha causado

(1) Ll. 24. y 25. tít. 22. Part. 3. y véase tambien la ley 7. tít. 7. lib. 3. Rec. de Cast. L. 6. tít. 12. lib. 7. Nov. Rec.

(2) Dicha ley 24. tít. 22. Part. 3.

(3) Son palabras de la real cédula de 22 de setiembre de 1793. L. 9. tít. 16. lib. 11. Nov. Rec.

(4) Real cédula de 2 de julio de 1800.

(5) L. 24. tít. 22. Part. 3.

(6) La misma ley en el medio.

un daño estimable: v. g., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entónces se dá accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos por ser penal, para que le paguen doblado el daño que recibiò. (1) El 2.° es, cuando el daño es inestimable: v. g., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad à los herederos del difunto, y á la cámara del Rey. (2) El 3.° caso es, si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ò dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entónces, ni la herida ni el dolor admiten estimacion, sería justo se pagasen las pérdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

El tercer cuasi delito se comete cuando uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede fácilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si lo acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad, podria caer y hacer daño, aunque todavía no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedis de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la cámara del Rey, con obligacion á mas de esto, de quitar la cosa ó ponerla de modo que no pueda caer. (3) La razon de esta pena es, porque interesa á la república el que todos puedan caminar sin peligro por las calles, y demas caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada, cayese é hiciese daño, lo debe pagar doblado; y si este fuese muerte de algun hombre, deberà dar 50 maravedis para sus herederos y cámara del Rey por mitad. (4)

Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familias que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familia; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si lo tiene.

En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros, taberneros y caballericeros, se deben distinguir tres casos, para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros &c. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes; y entónces son reconvenidos por un verdadero delito: v. g., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros &c., sino de los estraños: v. g.,

(1) L. 25. tít. 15. Part. 7.
(2) Dicha ley 25.
(3) L. 26. tít. 15. Part. 7.
(4) Dicha ley 26. al fin tít. y Part.

de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navío, ò posan en el mismo meson; y entónces la accion que hay contra los maestres de navìo ó mesoneros, es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas agenas en su nave, ó en su meson ò venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que introdujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente: el tercer caso es, cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del maestre, ventero ò caballericero; y entónces la accion que se dá contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se acompaña ó se sirve de hombres malos, por lo cual es justo que sea responsable á los daños que provinieren de su mala conducta. (1) De lo dicho se vé claramente, que solo este caso pertenece á este tìtulo, por ser unas de las especies de cuasi delito. En virtud de él, se dá accion al que sufrió el daño contra el maestre del navío, ventero ó tabernero que recibió las cosas, para que restituya el doblo de lo perdido ò deteriorado; (2) mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion, y la otra que nace de cuasi contrato. Esta como que es de cuasi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato, es persecutoria de la cosa solamente: aquella no se dá contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doblo, y con esta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpetua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato, que no la de cuasi delito: ya porque en el dia no estàn en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fàcil la prueba, cuando se intenta la de cuasi contrato; pues en esta se prueba solamente, que mis cosas fueron recibidas en la nave, meson ó taberna; y en la otra debo probar, que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtó ò causó el daño.

La misericordia intempestiva, y la condescendencia ó connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sí, es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, así sucede en esta que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon, es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos: v. g., si uno viendo á un siervo ageno preso, movido de lástima lo pone en liber-

(1) L. 7. tít. 14. Part. 7.
(2) Dicha ley 7. en el medio.

tad, y éste huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escapar à un reo de la cárcel: si un juez consiente que huya un malhechor á quien debia condenar, y otros semejantes. La razon porque todos estos son cuasi delitos, es porque en estos casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno, que se haga un delito que podia y debia impedir: v. g., si uno que está al cuidado y gobierno de otro admite un desafio, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y así, en ámbos casos se dará la accion correspondiente. Se han traido por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano.

TITULO VI.

De las acciones.

Hemos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Estas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas, cosas y acciones.* De las personas se ha tratado en todo el Libro I.°; de los derechos de las cosas en los Libros II.° y III.°, y hasta este título del IV.° Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber: las *acciones.*

La accion se puede considerar de dos maneras: ó como una cosa incorporal que está en nuestro patrimonio; y entónces pertenece al segundo objeto del derecho; ó se toma como un medio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete; y entónces corresponde al tercero, de que vamos à tratar. En este sentido, pues, se define la accion: *un medio legítimo para perseguir en juicio los derechos que competen á cada uno, tanto en la cosa, como á la cosa.* Tiénese por cierto que toman su orígen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fué mas lícito á los privados exigir por fuerza que se atiendan sus derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion.*

De estas hay várias divisiones ó diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consigue cuando se intentan del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de acciones que

se llaman *reales*, otra de *personales*. Unas acciones hay que son *persecutorias de la cosa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso; y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que tambien se llaman *mistas*. Hay unas que se dan para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de rigoroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente: con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras ménos, en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

§. I.

De las acciones reales, personales y mistas.

La primera division de las acciones, es en reales y personales: aquellas nacen del derecho en la cosa, y estas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son mistas; pues aunque estas siempre se acercan mas, ó á las reales ó à las personales, esto no impide que se puedan llamar mistas. Como las acciones reales traen su orígen del derecho en la cosa, siendo este de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio: otras del derecho hereditario: otras de las servidumbres; y otras del derecho de prenda.

La naturaleza de las acciones reales consiste en dos cosas. La 1.ª es, que todas nacen de alguna especie de derecho en la cosa, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos está obligada. Esto se verifica solamente en el dominio, herencia, servidumbre y prenda. La 2.ª que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aunque este no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien tratamos, y no contra un tercero poseedor. [*] Diremos pues, que accion real: *es aquella*

[*] El poseedor no puede tener accion real, porque seria estupidez pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando este intente alguna accion, será personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en ella. No obstante, se encuentra un caso, que sirve de escepcion á esta regla. Tal es la accion negatoria que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general, que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion*. Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño, accion real y personal, consultando á facilitar el cobro en odio de los ladrones.

con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado. (1)

La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del dominio. Estas son tres, llamadas *reivindicatoria, publiciana y rescisoria.* La reivindicatoria es: *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor, con sus accesiones y frutos, segun la calidad de la posesion.* (2) [*] Si el reo, pues, poseyere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes solamente, y todos los naturales aun los consumidos; (3) pero si con mala fé, ningunos frutos hace suyos, y solo podrá retener las espensas útiles. (4)

Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama *útil.* Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante dificil de intentarse, por razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, la cual prueba no es tan fácil como á primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion, debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenia, tampoco pudo transferir á nosotros. Para evadir esta dificultad, y que los que hicieron las cosas con buena fé y justo título, de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana.* Por ella, el que con buena fé y justo tìtulo adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita que inventaron los romanos: sino porque es conforme al derecho natural, que el que poseia con mejor título sea preferido al que lo tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño. (5) De donde se infiere, que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo

---

(1) Arg. de las leyes 2. tít. 3. y 1. tít. 28. Part. 3.

(2) L. 40. tít. 28. Part. 3.

[*] Es consiguiente á las disposiciones de derecho, que solo el título para adquirir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino una accion personal: que el comprador ántes de verificarse la tradicion, no pueda usar de tal accion; y que concurriendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se compra la alhaja á escepcion de si es pupilo, menor ó soldado, y de la muger á quien el marido, con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos estos se concede accion útil vindicatoria.

(3) L. 39. tít. 28. Part. 3.

(4) Ll. 39. y 42. del mismo tít.

(5) Ll. 13. tít. 11. Part. 3. y 50. del tít. 5. Part. 5.

contra aquel que ó posee sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradiccion alguna cosa del que no era su legítimo dueño, con buena fé y justo título, perdiendo la posesion de ella, puede vindicarla de cualquier poseedor que se apoye en título ménos firme, con todos sus frutos y acciones y del modo que con la verdadera reivindicacion. (1)

Del mismo modo que la accion publiciana, se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion se pide al poseedor la cosa que prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino en beneficio de la restitucion que se concede por el juez con justas causas: tales son la menor edad, miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes. (2) Es, pues, la accion rescisoria: *un beneficio de restitucion in integrum que se concede por justa causa, á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones.* De aqui se infiere, que esta accion debe durar cuatro años continuos. (3)

La segunda especie de acciones reales, nace del derecho hereditario. Estas son dos: la peticion de la herencia, y la querella de inoficioso testamento; pero como ámbas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las servidumbres. Estas son dos: *confesoria y negatoria.* La accion confesoria es, una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él ó contra cualesquiera poseedores del predio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria: *una accion real, que se da al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fundo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya perdido desde la perturbacion, y á que dè caucion de no perturbarle en adelante.* (4) Por el contrario: el fundamento de la accion negatoria, es la libertad natural que se presume en los predios: por este compete à sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se decla-

(1) Dhas. leyes.
(2) L. 28. tít. 29. Part. 3.
(3) Dha. ley 28.
(4) L. 21. tít. 22. Part. 3.

ren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor, dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que haya causado. Es, pues, la negatoria: *una accion real que se dá al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en él para que se declare no deberia, y se condene al reo á la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene várias cosas singulares. 1.ª Que siendo real se dá al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2.ª que debiendo siempre el actor probar su accion, aquí se le liberta de la prueba, y se manda al reo que lo haga; porque la libertad natural en la cual el actor pone el fundamento de su accion se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se esceptúa el caso de que el reo estè en cuasi posesion de su servidumbre, pues entónces el actor debe probar su libertad.

La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su orígen del derecho de prenda: no en cuanto es contrato, porque entòncés no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De él deducian los romanos dos acciones: una llamada *serviana*, y otra *cuasi serviana* ó hipotecaria; pero por nuestro derecho solo esta es bastante. [*]

Se concede á toda especie de acreedores que hayan recibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion ó enagenándose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias. Diremos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ò hipotecaria, es por derecho de España: *una accion real que compete á todo acreedor que haya recibido prenda, ó tenga hipoteca tácita ò espresa en los bienes de su deudor, para que perdiendo la posesion de la prenda ó enagenándose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquier poseedor para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda.* (1)

A las acciones reales se agregan las *prejudiciales*, que son aquellas por las cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámanse así, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, ó porque la decision que se solicita por su medio, perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general,

---

[*] La accion serviana tenia lugar en un solo caso: este era cuando alguno daba en arrendamiento un predio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pension: si el arrendante perdia la posesion de alguna de estas cosas, tenia accion contra cualquiera poseedor de ellas para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demas, estan refundidos en la cuasi serviana ó hipotecaria.

(1) L. 14. tít. 13. P. 5. y 9. tít. 17. lib. 3. del Fuero Real.

que los pleitos solo perjudican á los que litigaron. (1) Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya: v. g., un señor á su siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuantos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad*, *de ciudad*, *y de familia.* Si uno sea libre ó siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano ó estrangero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias, son las que se llaman prejudiciales. Por ejemplo: un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legítimo: esta, pues, será accion prejudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La 1.ª es, la causa de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta hacer volver á la servidumbre á su siervo que se tiene por libre, ó éste siendo en la realidad libre y viviendo en injusta servidumbre la intenta contra el que se reputa su señor, para que se le declare libre. La 2.ª tiene lugar, cuando alguno pretende se declare que es ingénuo y no liberto: esto es, que siempre ha sido libre, y que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como su patrono. La 3.ª es, la que se llama *de agnoscendo alendo que partu;* y es una accion que se dá, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, ó bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre. (2) Tambien tiene lugar esta accion en el caso de la herencia figurado arriba.

Las acciones personales son aquellas que nacen del derecho á la cosa: es decir, de la obligacion. Toda obligacion, segun hemos dicho ya, (3) trae su orígen, ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ó nace de estas mismas fuentes; pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, ó es lícito ó ilícito. En esta materia despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar, de las que nacen de la equidad inmediatamente: en segundo, de las que nacen de la ley: en tercero, de las que dimanan de hecho obligatorio lìcito; y el último, de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su orìgen de la obligacion, ó como hemos dicho, del derecho à la cosa. A mas de esto, nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se

---

(1) L. 20. tít. 22. Part. 3.
(2) L. 20. tit. 22. Part. 3.
(3) Lib. 3. tit. 14.

trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales. [*] Veamos ahora sus diversas especies.

La primera, es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar, la accion llamada *á exhibir ó mostrar.* Exhibir es, dar á que se registre y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si será la nuestra ó nó: v. g., me han hurtado á mí un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mismo nombre, y que segun las señales que se me dan de él puedo hacer juicio de que es el mio: mas como no lo sé ciertamente, y Ticio no me lo quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra èl la accion llamada á *exhibir.* Esta, pues: es *una accion destinada á compeler al poseedor de cualquier cosa mueble á manifestarla ó exhibirla en juicio cuando en él se introduce, ó quiere introducirse la peticion de ella; y caso de resistirse á la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion.* (1) De aquí resulta que puede corresponder esta accion al que quiera demandar la cosa por accion real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion. (2) Pero seria inútil y no debe intentarse de las cosas inmuebles, sino precisamente de las muebles, (3) pues las otras están patentes á los ojos de todos. Se esceptúan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho.

Puede compelerse á la exhibicion à quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligacion nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad it es obligatus,* ya se posea la cosa civil ò naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite; (4) y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor, cuando con dolo dejó de poseer la cosa, y segun él condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve

---

[*] Por derecho de los romanos habia otra diferencia entre las acciones reales y personales: esta era que todas las reales se llamaban *vindicaciones,* y las personales *condicciones,* lo que provenia de la costumbre observada de citar al reo á dia señalado para comparecer en juicio, á lo que llamaban *condicere.*

(1) Ll. 16. y 23. tít. 2. Part. 3.

(2) L. 16. en el princ. tít. 2. Part. 3.

(3) Dicha ley 16. y en ella Gregorio Lopez al número 7.

(4) L. 21. tit. 2. Part 3.

á su poder. (1) Tambien tiene lugar esta accion para obligar á los poseedores de instrumentos ó títulos á que los muestren á los que los necesitan, ó creen tener interes en ellos; y así, debe mostrarse el testamento de un difunto á aquel que se tiene por instituido de heredero ó con algun legado ó manda en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intencion de alguno; (2) lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

Otra accion de las que dimanan inmediatamente de la equidad, es la interrogatoria, y corresponde á aquellos que para entablar otra accion necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta accion se nos presenta en el que quiere entablar ejecucion por alguna cantidad que se le debe: v. g., por préstamo, sin tener documento alguno, y si lo tiene no la trae aparejada. Este, pues, segun práctica del dia, debe presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo há dió en calidad de préstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido várias veces, se escusa ó rehusa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido la espresada cantidad; y verificada la respuesta tiene ya la confesion del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma accion tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se halla en algun vale simple, el cual reconocimiento trae asimismo aparejada ejecucion. De lo dicho se infiere, que la interrogatoria es: *una accion personal por la cual el actor compele al reo á responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito.* (3)

Son tambien acciones personales nacidas de la equidad los interdictos, pues no hay cosa mas justa que el que uno sea defendido ó amparado en su posesion, miéntras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de esta clase de acciones se tratará en título separado. (4) Lo son así mismo las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que parece debian valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas rescisiones se deben hacer con causas graves, estas son la fuerza ó miedo grave, el dolo ó engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la república, ó por otra justa causa, como estudios &c.; y de aquí nacen otras tantas acciones. La primera es, la de miedo ó

---

(1) Véanse las leyes 16. 18. 19. 20. 21. y 22. tít. 2. Part. 3.
(2) L. 17. tít. 2. Part. 3. y 192. del Estilo.
(3) L. 1. tít. 10. Part. 3.
(4) Tít. 15. de este libro.

fuerza, (1) mediante la cual se declara nulo ó se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por medio grave que cae en varon constante, (2) y se compele al reo á restituir la cosa ó su estimacion. (3) La segunda es, la accion de dolo que produce los mismos efectos de anular ó rescindir los contratos de buena fé en que interviene, y aun si no se declaran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirige la accion á que se enmiende la lesion, si fuere esta en mas de la mitad del justo precio, ó á que el reo devuelva la cosa. (4) La tercera accion, que es la de menor edad, no tiene nombre señalado; pero se dá á aquellos que durante el tiempo de su menoria han sido dañados en algun negocio, contra aquellos de quienes recibieron el daño, á efecto de que se rescinda el negocio y el menor sea restituido en sus antiguos derechos. (5) Esta misma accion compete á las iglesias, fisco, consejos, y ciudades ó universidades, por estar estas en perpetua curatela, y la podràn intentar cuando hayan recibido daño, por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta si el daño fuere tan grande que esceda de la mitad del precio de la cosa. (6) La accion rescisoria es otra especie de restitucion, segun dijimos; pero esta no es personal, sino real.

La accion llamada *condiccion sin causa* es tambien personal proveniente de la equidad, y se puede tomar, ó como el género supremo de todas las acciones, ó como una accion especial que se dá en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aquí. En tales términos, siempre que alguno diò una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente; pero sin embargo otro la posee sin càusa legítima, puede repetirla el primero, intentando esta condiccion, la cual podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que los restituya.* Por ejemplo: se debe dar esta accion al sastre que habiendo perdido los vestidos que hacia, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicite la devolucion del vale que aun retiene su acreedor: y la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara

(1) Llámase esta accion en latin, *quod metus causa.*
(2) L. 7. tít. 33. Part. 7.
(3) Véase para esta accion la ley 56. tít. 5. Part. 5. y la 28. tít. 11. Part. 5., de donde se puede deducir.
(4) Ll. 57. tít. 5. Part. 5. y 2. tít. 11. lib. 5. Rec. de Cast. L. 3. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec., y 1. 3. 4. y 6. tít. 16. Part. 7.
(5) Ll. 1. y 2. tít. 19. Part. 6.
(6) L. 10. del mismo tít. y Part.

nulo; y otros semejantes. Finalmente: la accion pauliana nace tambien de la equidad; pero de ella trataremos entre las mistas.

En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley, y se deberian llamar *accion ó condicion por ley.* Tenian lugar cuando los pactos no producian accion comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo concedia. Era, pues, esta condiccion, una accion personal subsidiaria, que solo tenia lugar cuando la ley no la establecia señalada contra aquel ó sus herederos, que estaba obligado á dar ó cumplir lo que la misma ley disponia. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica, todo pacto justo produce accion (1) y que nace tambien de cualquier ley para su cumplimiento, aunque no se esprese en ella, es inútil en nuestro foro dicha condicion.

La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanan de un hecho lícito. Hecho obligatorio lícito llamamos á la convencion. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ó es verdadero, ó cuasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace accion segun nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso esplicar la accion de *constituta pecunia*, que no era mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *infactum de jurejurando.* (2)

Por lo que hace á las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decir, por haber tratado ya de cada una en el título de su correspondiente contrato; y así, aquí las enumeraremos solamente. Los contratos verdaderos, segun hemos dicho, ó son nominados ó innominados. Los nominados son, ó reales ó verbales, ó literales ó consensuales. Los reales son cuatro: mútuo, comodato, depósito y prenda. Del primero nace la accion llamada *de mútuo:* del segundo la accion *de comodato*, directa y contraria: del tercero la accion *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto la accion *de prenda*, asimismo directa y contraria.

Como en el dia no se encuentra contrato alguno á que llamemos verbal, tampoco hay accion que le corresponda. El literal es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito, que debe cierta cantidad y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace accion para

---

(1) L. 2. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 10. Nov. Rec.

(2) Esta accion se concedia á aquel que juraba, qué y cuánto se le debia, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor habia jurado que se le debia.

obligar al que escribió á que pague la cantidad que confiesa. Los contratos consensuales son cinco: compra venta, locacion conduccion, enfitéusis, sociedad y mandato. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ámbas directas, á escepcion del mandato, en el que la una es directa y la otra contraria.

De los contratos innominados nacen tambien las correspondientes acciones que se dan al que dió ó hizo por su parte, para obligar al que prometió dar ó hacer, á cumplir el contrato, las cuales como ellos no tienen nombre. (1)

Síguense los cuasi contratos, y basta solamente referir sus acciones, pues están esplicadas en otras partes. Estos cuasi contratos son en primer lugar: el manejo ó administracion de negocios agenos, del cual nace una accion llamada del mismo nombre, directa y contraria. El 2.° es, la tutela, de la que nace otra accion, asimismo directa y contraria. El 3.° es, la herencia comun, de donde sale la accion llamada *familiae erciscundae* mista de real y personal; y así, trataremos de ella despues. El 4.° es, la adicion de la herencia que produce una accion personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptò, á pagar los legados, fideicomisos y demas cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y accesiones desde el dia de la muerte del testador. El 5.° es, la paga indebida, de la cual nacen la condiccion ó accion personal para repetir lo pagado, en los casos que se esplicaron en su lugar. El 6.° es, recibir los maestres, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ò meson; y de la accion que se dá contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajantes hurtan algunas cosas, ó hacen algun otro daño, se tratô ya en donde corresponde. (2) El último es, el gasto ó espensas hechas en el entierro de algun difunto. Se verifica en el caso de que uno movido de piedad haya hecho dichos gastos de su cuenta, por no estar todavía aceptada la herencia, y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un cuasi contrato, porque propiamente no es mandato, supuesto que ninguno mandò, ni administracion de negocios agenos, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos, la accion llamada *funeraria*, que es: *una accion personal que compete contra el*

---

(1) Estas acciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y tambien *praescriptis verbis*, porque debian concebirse en las demandas con ciertas y señaladas palabras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la accion *in factum;* pero el dia de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones.

(2) Tít. 5. de este libro.

heredero que aceptó la herencia, ò contra aquel á quien pertenecia hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo. Esta accion es tan privilegiada, que el actor será preferido en la paga á todos los otros acreedores del difunto.

Resta esplicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho ilícito á que llamamos delito. Este es, ó verdadero ó cuasi delito. Verdaderos son en primer lugar, aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del hurto, pues, que es el primero, nace la condiccion furtiva, que es, una accion persecutoria de la cosa, y la accion de hurto que persigue la pena. (1) De la rapiña que es el 2.° nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ámbas personales. Del daño hecho contra justicia nace otra accion de su mismo nombre; y de la injuria, la accion de injurias esplicadas ámbas ya. Se agrega á estas el delito de recibir algo por causa torpe ó injusta, y la accion que se concede para repetir lo dado, se llama condiccion por causa torpe, y es: *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin, dió alguna cosa, puede repetirla del que la recibió por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos ó su estimacion en caso de haber perecido.*

Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que dá y no del que recibe: v. g., lo que se dá á una meretriz despues de haber pecado con ella. Tampoco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro: v. g., lo que se diese á un juez ú otro oficial público à efecto de sobornarlo. Infiérese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno dá por causa honesta, y otro recibe por torpe ó injusta: v. g., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito.

Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ó fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha dado cuenta fraudulosamente; y produce el efecto de compelerlo á que las liquide ò aclare, y pague lo que hubiere sustraido, con el doblo.

Por lo que hace á los cuasi delitos, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, sino que se espresa con el del cuasi delito á que pertenece.

Esplicadas ya las acciones reales y personales; síguese ahora tratar de las mistas, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir à alguna de las dos especies.

Las principales acciones de esta naturaleza, son las que

---

(1) De esta se trató en el tít. 1.°

se conceden para deslindar los términos comunes, para pedir la herencia ó dividirla, y para dividir cualquiera otra cosa comun, á las que agregamos la accion pauliana, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes á que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman dobles, porque en el juicio que se intenta, ámbos colitigantes pueden instruirla como actores. Tiene lugar en cualesquiera términos, mojones, ó límites oscurecidos ó confusos, para que, averiguándose su antigua situacion, se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicacion de partes señaladas. (1) Es mista de personal y real porque se instruye contra el que diò ocasion al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y así, compete como directa á solos los dueños de los predios y como útil á los que en ellos tienen derechos útiles: v. g., los usufrutuarios. Tambien compete ó se da no solo para arreglar los lìmites, sino para la recuperacion de cuanto interesa de los frutos percibidos y daño causado.

La segunda accion mista y tambien doble es, la que se dá para dividir una cosa comun, y trae su orígen de que ninguno puede ser obligado á permanecer en comunidad con otros por los inconvenientes que de ello resultarian. Supuesto este principio, se introdujo la accion *communi dividundo*, porque como la del contrato de compañía pertenece mas á las prestaciones personales, que á la division de las cosas comunes, fué preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañía, ó bien de otra cualquiera causa, escepto herencia y confusion de términos. De lo dicho se infiere, que esta es: una *accion que compete directamente por razon del dominio à cualquiera de los que poseen como dueños por indiviso alguna cosa, para que se divida y se presten los frutos percibidos.* (2)

La accion de division de herencia, dicha *familiae erciscundae*, se concede para dividir los bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se da para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce, que por ella se exigen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las espensas hechas en ella. (3)

La accion de peticion de herencia se cuenta entre las mistas por nacer, no solo de derecho en la cosa, sino tambien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario, y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una

(1) L. 10. v. Otrosí decimos. En el mismo tít. 15. Part. 6.
(2) L. 2. tít. 15. Part. 6.
(3) Véase el tít. 15. Part. 6. y principalmente la ley 10.

herencia comun. Es, pues: *una accian por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y accesiones que les corresponden desde el dia de la muerte del testador.* Se da esta accion al heredero, ya sea por testamento ó ab intestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posee de otra suerte ò sin causa alguna, para obligarlo á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado.

La querella de inoficioso testamento no es otra cosa que: *una especie de peticion de herencia, ò una accion que compete à los desheredados, contra los herederos instituidos en el testamento para pedir que se rescinda el testamento, y ellos sean admitidos á la herencia como herederos ab intestato.* No nos estendemos mas en esta accion por estar esplicada ya en otra parte. (1)

Finalmente: hemos agregado á las acciones mistas la pauliana, por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenida por solo real, y por otros por solo personal. (2) En efecto: si no es mista, es de una naturaleza especial, y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar á sus acreedores, y con efecto se verifica así. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia. (3) Debe intentarse siempre que el deudor por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se da contra los que adquieren bienes del deudor fraudulento por título oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por tìtulo lucrativo, aunque lo ignoren. (4) Se puede intentar esta accion dentro de un año computado desde el dia que supieron la enagenacion. (5) Es, pues, la accion llamada pauliana: *una accion que se concede à los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo, obligando á los poseedores à que restituyan lo recibido con sus frutos.* [*]

Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fué vigilante en cobrar, aunque por esto

(1) Lib. 2. tít. 18 de estas instituciones.

(2) Por solo real la tiene el teatro de la legislacion fundándose en Justiniano: por solo personal la tiene Heinecio en este tít.

(3) Arg. de la ley 7. ibi. *por que non puedan fallar de lo suyo* tít. 15. Part. 5.

(4) Dha. ley 7. en el medio tít. 15. y Part. 5.

(5) Dha. ley 7.

[*] Para la exacta inteligencia de esta accion, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una, declara por enagenacion fraudulenta la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas,

no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

§. II.

De las acciones persecutorias de la cosa.—Penales y mistas.

Hemos concluido la primera division de las acciones: sígue-se la segunda, por la cual unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas. Persecutorias de la cosa son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe ò ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1.° Todas las acciones reales. 2.° Todas las que nacen de la equidad natural; pactos y contratos; escepto la accion del depósito miserable que en el caso de que el depositario lo niegue dolosamente se da en el doblo; y así, es mista de persecutoria y penal. 3.° De los delitos, solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la condicion furtiva, y la accion de sustraccion de cosas; y es aquella que compete á los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ó consumiese alguna cosa por sí ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, verificado el divorcio. Puramente penales se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas nó son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ó arrojadas, en el caso de causar la muerte á alguno. Mistas son por las que

y ántes de haberse trabado la ejecucion en ellos. (1) En la misma, se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento cuando se perjudica á los acreedores: y tambien podrán revocarse segun ella las ventas, cámbios, daciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que así la recibió sabia la dolosa intencion de su deudor en fraude de los acreedores, concediendo á los menores de 25 años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya espresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron. (2) Otra ley declara fraudulenta la enagenacion ejecutada contra los acreedores cuando estos por sí ó por otros se opusieron á que se efectuase. (3) Pero nó se tiene por tal cuando el deudor da en pago de una deuda legítima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio lo hacen insolvente para con otros; de cuya regla se esceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato

(1) L. 7. tít. 15. Part. 7.
(2) Dha. ley 7.
(3) L. 8. del mismo tít.

juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1.° La accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doblo, en que se incluye la cosa y la pena. 2.° La accion del legado dejado á lugares sagrados ó à causas piadosas, pues en el caso de que el heredero niegue que lo debe, ó retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doblo. Finalmente: son mistas de persecutorias de la cosa y penales, todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

§. III.

De las acciones por las cuales se pide el simplo, duplo &c., y de las de buena fé de rigoroso derecho y arbitraria.

Aunque en nuestro derecho se encuentran leyes que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como es el doblo, tres tantos ó cuatro; con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente; por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

del juez. (1) Tambien está prevenido en ellas obtenga para sí los bienes del deudor sin comunicarlos á los demas acreedores, aquel que sabiendo que huye por no pagar se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ó con la de juez, si estaba el deudor en lugar donde le habia; con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomó, pues en lo que escedan deben comunicarse. (2) Igualmente declara otra, que la restitucion de la cosa enagenada con engaño debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el dia en que se demandase en juicio hasta la sentencia, deduciendo las espensas hechas en la recaudacion de estos, ó mejoras en la cosa. Pero los frutos que esta produzca en el medio tiempo desde la enagenacion á la demanda, son del comprador. (3)

Por último: precabiendo todo fraude en la materia, se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo él, que se hace en fraude de los acreedores; ántes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de estos, el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor. L. 12. del mismo tít. 15. Part. 5.

(1) L. 9. tít. 15. Part. 5.
(2) L. 10. del mismo tít.
(3) L. 11.

Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que habia antiguamente entre acciones de buena fé, de rigoroso derecho, y arbitrarias; mas para dar una completa idea de este título, dirémos brevemente lo que eran, remitiendo á los que deseen mas estension en esta materia, á los autores que de ella tratan. (1)

Acciones de buena fé eran aquellas por las que no estaba el juez ligado á ciertas fórmulas, ántes por el contrario, con libertad podia determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que nacen de contratos ó negocios bilaterales, en los que es mútua la obligacion. Las de rigoroso derecho eran aquellas que compelian al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podian adjudicar nada mas de lo que se contenia en la cantidad cierta y espresa de la convencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traian su orígen de negocios unilaterales, como la que nace del mútuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones arbitrarias se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente conforme á equidad cuanto debia pagar el reo, este por malicia ó contumacia no queria obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba. Entre estas acciones se contaban todas las reales, (escepto la peticion de herencia) la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion á exhibir, la accion de lo que se prometió pagar en cierto lugar, con la cual aquel á quien se le prometió la paga en determinado lugar, repite contra el que no le pagó en el lugar prometido, para que le satisfaga todo el daño causado é intereses; la accion redhibitoria, que es la que se dá para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio mas de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio asentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte, que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuanto le debe: v. g., 600 pesos, pues de lo contrario no podrá el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada. Mas se añade: que así se debe practicar siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es: v. g., en las acciones hereditarias, y en otras universales,

(1) Vinn. en el § 28. de este tít. Heinn. en el mismo tít. desde el §. 1181 hasta el 91.

en las cuales el heredero pide la herencia aunque ignore á cuanto asciende su valor, lo que aparecerá despues por el inventario que se haga.

Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedia, aunque fuese un real mas de lo que se le debia, se le condenaba á perderlo todo. (1) El pedir más era de varios modos: se pedia mas *en cosa* cuando se pedia mayor cantidad de la que se adeudaba: v. g., 500 pesos por 400: *en tiempo* cuando se pedia mas luego ó ántes de que llegase el dia: v. g., si se pedian el dia de hoy 100 pesos que no se debian pagar, sino hasta despues de un año; ó por razon *del lugar*, como si se pide en lugar en que es mas incómodo para el deudor el pagar, que aquel en que prometió hacerlo: ó finalmente, por cualquiera otro motivo que haga mas gravosa ó mayor la paga, que llaman, *más por causa*: v. g., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar á Ticio ó á Cayo alternativamente? En todos estos casos, y en otros semejantes lo perdia todo el actor por haber pedido mas. (2) Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y así se halla establecido, que el que pide mas por razon del tiempo, es decir, el que pide ántes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debia esperar: v. g., debia uno pagar de aqui á un año, si le cobra ahora su acreedor, tendrá que aguardar dos años en pena. (3) El que pide mas por razon del lugar ó de la causa, tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda. (4) Finalmente: el que pide mas en cosa, debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe. (5) Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto, no tiene lugar en el dia; y asi, al que pide mas, solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ó peticion que ha presentado al juez, como puede ántes de la sentencia, (6) ó evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ó la disminuirá tanto, cuanto se disminuian las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas.

(1) L. 43. tít. 2. Part. 3.
(2) Dicha ley 43. tít. 2. Part. 3.
(3) L. 45. tít. 2. Part. 3.
(4) Dha. ley 45.
(5) L. 43. del tít. 2. Part. 3.
(6) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 16. lib. 11. Nov. Rec.

§. IV.

De las acciones por las cuales se consigue todo lo que se debe, y de las con que se consigue ménos.

Resta solamente tratar de la quinta division de las acciones, y la mas fácil: esta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue ménos, sentamos por regla general: que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue ménos, y estos sirven de escepciones de la regla dada.

El primer caso es en la accion de peculio: esta tiene lugar cuando el hijo de familias ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraido deudas: entónces los acreedores deben intentar la accion de peculio contra el padre ó el señor, para obligarlo á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente si hay ménos en el peculio que la cantidad que se adeuda, los acreedores reciben ménos que el todo de la deuda. (1) Pero de esta accion trataremos de propósito en el siguiente título.

El segundo caso se verifica en la compensacion: ésta, segun hemos dicho en otra parte, es: *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ú obligacion del deudor y del acreedor.* De aquí es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho *(ipso jure)* á lo ménos hasta la suma concurrente: v. g., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos: mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seiscientos: entónces esta suma se compensará con aquella; y así, á Ticio solo se le adjudicarán cuatrocientos, es decir, ménos del todo. (2)

El tercer caso es, cuando se goza del *beneficio* llamado *de competencia*, el cual no es otra cosa: *que un privilegio personal que hace que quien lo goza no pueda ser condenado á pagar mas de lo que pueda cómodamente*: es decir, que á quien tiene beneficio de competencia, no se le quita cuanto tiene hasta obligarlo á mendigar, sino que se le deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos por razon del parentesco, como los ascendientes y descendientes; y otros por justas consideraciones, como el marido y la muger, el patrono y el liberto, los sócios y los que son reconvenidos por donacion. (3) A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos; porque aunque no les conceden espresamen-

(1) Arg. de la ley 5. tít. 17. Part. 4.
(2) L. 20. y sig. tít. 14. Part. 5.
(3) Ll. 1. tít. 15. Part. 5. y 15. tít. 10. de la misma Part.

te este beneficio nuestras leyés, pero se hace argumento de mayoridad de razon con los sòcios, que lo gozan por reputarse como hermanos. (1) Por conmiseracion se concede este beneficio al deudor que de buena fè hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna, no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo nenesario para su cóngrua sustentacion. (2)

TÍTULO VII.

De las acciones que resultan de los contratos celebrados con los que están en agena potestad.

Despues de haber esplicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones; síguese esplicar en este la sesta, á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es: de un hijo de familias, de un siervo ó de algun cuadrúpedo nuestro. Trátase pues, aquí, de las acciones que se dan contra el padre ó el señor, por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente título, de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos: y finalmente en el nono, de las que se dan contra el poseedor, por los daños causados por sus bestias.

Todas las acciones que se tratan en este título, tienen la particularidad de ser un cierto género supremo, (3) bajo del cual se comprenden várias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo: la accion de peculio es género: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la accion de *mútuo, de peculio;* si debe por compra, la accion de *venta de peculio;* y asì, de las demas. De suerte, que el ser de peculio es, una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demas de que se trata en este título.

Si se pregunta ¿por qué el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? Podemos responder á esta cuestion, dando dos causas de esta disposicion, una remota y otra próxima. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya domínica, induce unidad de persona; y así, el padre y el hijo, el señor y el siervo se reputan en derecho como una misma persona; de donde podemos inferir, que lo que el hijo y el siervo trataron, lo

(1) Arg. de la ley 1. y 10. tít. 10. Part. 5.
(2) L. 3. tít. 15. Part. 5.
(3) En latin se llaman estas acciones *adjectitiae qualitatis.*

trató el padre, ó el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental que de ella se podria inferir que aun por los delitos del hijo podia ser reconvenido el padre; y así, es necesario recurrir á otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos. 1.° Si el padre ó señor mandó al hijo, ó siervo contraer. 2.° Si el padre ó señor puso al hijo ó siervo de negociante. 3.° Si el padre ó señor dió al hijo ó siervo peculio para que negociase con él. 4.° Si lo adquirido por el hijo ó siervo en sus contratos se convirtió en utilidad del padre ó señor. De aquí se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título, à saber: 1.° De la accion de mandato del padre ó dueño. 2.° De la accion exercitoria é institoria. 3.° De la tributoria. 4.° De la accion de peculio. 5.° De la accion de lo convertido en utilidad propia.

La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este mandato ó precepto (que esto quiere decir la palabra *jussum)* se diferencia del mandato de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ámbos contrayentes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos sino por una persona: luego este de que tratamos no se puede llamar en rigor mandato, sino un precepto que los padres ó dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ó negociar, ò á su siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraido ó negociado, y quedan obligados por esta accion, la que podemos decir que es: *una accion personal que corresponde á aquel que contrajo con un hijo de familias ó siervo, que tenia órden de su padre ó señor para contraer, à efecto de obligar á estos, ó á sus herederos á que cumplan el contrato celebrado, en todas sus partes.* (1)

Síguense las acciones exercitoria é institoria, para cuya inteligencia es necesario esplicar algunos vocablos. *Exercitor* en lengua latina se llama aquel que trata de cargar una nave, suya, ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á èl, como à dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de ella. Este por lo comun pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, présida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave*, *capitan* y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ó hijo de familia, libre ó siervo, mayor ó menor. Al que ponen los mercaderes en sus tiendas

(1) Arg. de la ley 2. tít. 16. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 2. lib. 11. Nov. Rec., en la que se previene, que de cualquier modo que conste que uno quiso obligarse, quede obligado.

públicas para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en ellas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor*. Tampoco importa el que este sea padre ó hijo de familias, siervo, ó libre, mayor ó menor. Finalmente: las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio, se llaman *instrucciones*. Ahora, pues, si un mercader ingles envia á España una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes españoles contraen con él, parece que en rigor no deben estos tener accion contra el mercader ingles supuesto que no contrajeron con él, sino con el maestre: mas nuestro derecho siguiendo la equidad concede á estos la accion llamada *exercitoria*: es, pues, esta: *una accion personal que compete á los que contrajeron con el maestre del navío conforme á la instruccion recibida contra el exercitor ó dueño para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el maestre*. (1)

De la misma naturaleza es la institoria, la que tambien es: *una accion personal que corresponde á aquel que conforme á instruccion contrajo con algun factor, contra el mercader que lo puso en la tienda para obligarlo á cumplir el contrato celebrado con el factor*. (2)

Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1.º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra el exercitor ó mercader, pues esta accion concedida por equidad, no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrajo: 2.º que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos, que no pertenezcan al oficio en que están puestos. (3) Y la razon es, porque los que los pusieron en aquel cargo solo están obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

Síguese la accion tributoria, [*] que en el dia no tiene uso alguno ni se hace mencion de ella sino en el derecho de

(1) L. 7. al fin tít. 21. Part. 4.

(2) Dicha ley 7.

(3) Arg. de la ley 7. ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los faga por razon de aquel menester ó mercaduria en que lo pone*, al número 3.º

[*] Porque no se ignore, qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familias que habia comerciado con el peculio profecticio quebraba por haber contraido muchas deudas, y sus acreedores lo urgian para que pagase; en este caso no necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre que tenia la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obli-

romanos, por lo que no parece regular tratar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España.

La quinta accion es, la de peculio. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familias ó siervo posee con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como este, por razon del hijo, sea de muchas maneras, y se divida en militar y pagano, y de estos el primero en castrense y cuasi castrense, y el segundo en adventicio y profecticio; aquí solamente se habla del profecticio que es, aquel que dimana de los bienes del padre. Ahora, pues, si el padre á su hijo ó el señor á su siervo diò peculio para que negociase con él, y este hijo ó siervo contrajo deudas ó quedó responsable en algunos contratos que celebrò; en este caso los acreedores á quienes se debe algo, tienen la accion de peculio contra el padre ó señor y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Están, pues, obligados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco ó nada en él, poco ó nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente, esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en tèrminos para mayor claridad. Es, pues: *una accion personal de calidad adhärente á todos los contratos, que se dá contra el padre ò señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio para obligarlo à pagar hasta donde alcance el valor de este.*

La última accion perteneciente à este tìtulo es, la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin *de in rem verso.* Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia ó esclavos, para repetir por medio de ella contra sus padres ó señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ó entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó á su hijo que contragese; mas con todo el hijo ó siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si comprò algunos cajones de

---

gado á distribuir prorrata entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere.* Pero sucedia muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion, prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediase, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competia á aquellos á quienes se habian distribuido mal las mercaderías del peculio del hijo ó siervo, contra el padre ó señor, para obligarlo á que ejecutase una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente, el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez.

libros y los remitió á su padre; ó ya sea que este dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero y los hiciese con el que el hijo habia tomado á mútuo: como si reparó su casa que amenazaba ruina, y pagó á sus acreedores. (1) Se funda, pues, esta accion en aquel principio de equidad: que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se dá tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan á su nombre, verificándose haberse convertido en su provecho. (2) De lo dicho se infiere, que la que hemos esplicado es: *una accion personal que se dá contra el padre ó señor por la responsabilidad que les resulte de los contatos celebrados por su hijo ò siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad.*

TITULO VIII.

De las acciones que nacen de los delitos de los siervos, llamadas noxales.

Las acciones esplicadas en el título antecedente dimanan de contratos: sìguense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman noxales de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho, cualquier daño causado por algun delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño, ó cometió el delito; pero aunque ésta es la rigorosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente. Es, pues, accion noxal: *la que intentan aquellos á quienes ha dañado algun siervo, contra cualquiera que lo posèe, á efecto de obligarlo, ó á que resarza el daño causado, ò á que entregue el siervo à la noxa*: es decir, que lo entregue al dañado en manera de satisfaccion. (3)

La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas. 1.ª Que todas, como las del título antecedente, son de calidad adyecticia, ó adherente, que comprenden bajo de sí tantas especies, cuantos son los delitos privados, y cuasi delitos que pueden cometer los siervos; y así, si un siervo cometió hurto, se da la accion noxal de hurto: si injuria, accion noxal de injuria: si dañó arrojando ò derramando, accion noxal de lo arrojado ó derramado. 2.ª Que esta accion es equivalente á real, porque se da contra cualquier poseedor; y asi, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestacion del pleito, es el reconvenido noxalmente. Mas si el siervo fuese

(1) L. 7. tít. 1. Part. 5.
(2) Ll. 5. y 6. tít. 1. Part. 5.
(3) Ll. 4. tít. 13. y 5. al fin tít. 15. Part. 7.

manumitido, entónces él mismo sería reconvenido, no con accion real sino con la directa, procedente del delito cometido.

De la definicion dada se deduce claramente, contra quién se dan estas acciones; á saber: contra el señor, pues parece justo que ya que éste lo adquiere todo por el siervo, tambien sufra el daño cuando lo cause. Mas como podia acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escogiese una de dos, ó resarcir el daño, ò desamparar el siervo. (1)

Lo dicho tiene lugar atendidas las leyes de Partida: mas por el derecho de Indias se puede intentar la accion correspondiente al delito, directamente contra el mismo siervo oyendo á su dueño, si no es que lo desampare ántes de contestar la demanda, ó sea interesado en la acusacion, y siempre con citacion y audiencia del procurador síndico de la ciudad en calidad de protector de esclavos. (2)

Debemos, pues, distinguir dos casos conforme á este derecho: el primero, cuando el señor no desampara al siervo; y el segundo, cuando lo desampara: pero en ámbos casos hay notable diferencia entre este derecho y el de Partidas. En el primero, no queriendo el señor desamparar al esclavo, y siendo este condenado á la satisfaccion de los daños causados por su delito, en favor del agraviado, deberá pagarlos el señor, y el esclavo sufrirà la pena correspondiente al delito que cometió. (3) En el segundo caso en que el esclavo es desamparado por el dueño, si tiene peculio propio suyo, como puede tenerlo conforme á derecho (4) debe pagar los daños y perjuicios ocasionados por su delito, y si no tuviere con què, sufrirá la pena corporal correspondiente, y en uno y otro caso se debe proceder con arreglo á lo que disponen las leyes sobre las causas de los delincuentes de estado libre. (5)

Por lo que hace á los hijos de familia, segun el derecho de España, nunca ha tenido lugar la accion noxal en los delitos que cometen, sino que ellos deben ser reconvenidos, y condenados á la pena correspondiente, la que si fuere pecuniaria y él no tuviere peculio, ni su padre la quisiere pagar, se convertirá en corporal. (6)

---

(1) L. 5. al fin tít. 15. Part. 7.

(2) Real céd. de 31 de mayo de 1789. cap. 9.

Téngase presente siempre que se cite esta real cedula, estar en suspenso su cumplimiento, segun hemos dicho en otra parte.

(3) Véase sobre este caso la ley 10. tít. 1. Part. 7. que dice: que no queriendo el señor pagar la pena pecunaria que merece el siervo, que se la den corporal, pero no de muerte.

(4) Dha. real cédula de 31 de mayo de 1789 cap. 3.

(5) Arg. del cap. 3. ya cit. y del 9, de donde se deduce lo esplicado.

(6) L. 5. al fin tít. 15. Part. 7.

TITULO IX.

De las acciones que resultan de los daños causados por los cuadrùpedos ó bestias.

Acerca de este título, para proceder con claridad, debemos distinguir tres casos. El 1.º cuando una bestia mansa contra su natural instinto ò costumbre y sin instigarla hizo daño: v. g., cuando un caballo da coces. El 2.º cuando dañó en las cosas agenas por hechos naturales: v. g., un buey pastando en prados ó mieses de otros; y el 3.º cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman fieras, como leon, oso, tígre &c.

Para todos estos casos aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos. (1)

La accion que resulta en cualesquiera de ellos, se llama de daño causado por las bestias, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme esplicamos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho: *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la bestia.* (2) Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor; porque no es puramente personal, sino que tiene esta calidad de real. (3) Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado; porque si alguno la espantó ó la irritó, no se da esta accion, sino la de daño causado sin derecho, y no contra el señor de la bestia, sino contra el que la irritó. (4) Finalmente se añade: que debe el dueño resarcir el daño ò entregar el animal; porque esta accion es *noxal* que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon que dimos en el título antecedente.

Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales á sabiendas del dueño, ó por malicia suya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfaccion del doblo de todos los daños conforme los valuaren

---

(1) Por derecho de romanos la primera accion se llamaba de *pauperie*: la segunda *de pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *Edilicia*: pero nosotros á cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.
(2) Ll. 22. y 24. tít. 15. Part. 7.
(3) Arg. de la ley 22. ya citada.
(4) Dicha ley 22. al fin tít. 15. Part. 7.

hombres inteligentes. (1) Pero aun cuando se encontrase á las bestias ó ganados haciendo el daño, no será lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo sí cogerlos para llevarlos ánte el juez (2)

En la América consultando al bien de los indios, y considerando que las haciendas de ganados vacunos, yeguas y de otros mayores y menores, pueden hacer gran daño en los maizales de los indios cuando están muy cerca de sus pueblos, está mandado: que no se concedan haciendas ningunas en partes y lugares de donde puedan resultar daños: que las que haya de haber se sitúen léjos de los pueblos de los indios y sus sementeras: que las justicias hagan que los dueños del ganado pongan tantos pastores y guardas que basten á evitar el daño; y que en caso que suceda alguno, lo hagan satisfacer. (3)

No bastando estas disposiciones por su generalidad, se estableció posteriormente: [*] que las haciendas de ganado mayor no puedan situar dentro de legua y media de las reducciones antiguas, y las de ganado menor media legua; y que en las reducciones que de nuevo se hagan haya de ser el término dos veces tanto, pena de perder la hacienda y mitad del ganado que en ella hubiere. Finalmente: que todos los dueños de hacienda tengan el ganado con buena guarda pena de pagar el daño que hicieren; y se concede á los indios que puedan matar el ganado que entrare en sus tierras sin pena alguna. (4)

Ultimamente: por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á él, se concede accion al que recibió un daño estimable de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarlo á que pague el dos tanto del daño causado. (5) Mas si el daño fuese inestimable, como si la fiera mordiese ó lastimase á un hombre libre, por la misma accion será obligado el señor de la bestia á pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoscabos que se le sigan; ya por la cesacion de obras, ya de otra manera; como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, deberá pagar doscientos maravedís de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey. (6)

---

(1) L. 24. tít. 15. Part. 7.
(2) Dicha ley 24. al fin.
(3) L. 12 tít. 12. lib. 4. Rec. de Indias.
[*] Digo posteriormente, porque la ley citada es del año de 1550, y esta de que se trata es del de 1618.
(4) L. 20. tít. 3. lib. 6. Rec. de Indias.
(5) L. 23. tít. 15. Part. 7.
(6) L. 23. al fin del mismo tít.

TITULO X.

De los procuradores.

Con motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aquí se intentan en juicio, ó por sí, ó por medio de procurador, se trata en este título de los procuradores.

Procurador en el sentido que aquí se toma, es: *aquel que por mandato del dueño recibe en sí la administracion de algun pleito ó negocio judicial.* (1) Se dice que aquí se toma en este sentido porque tambien hay procuradores estrajudiciales que son los que propiamente se llaman mandatarios. Se dice tambien, que el procurador administra un pleito ageno por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato ó verdadero ó presunto, no será procurador sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion de rato, y de pagar lo juzgado y sentenciado. (2)

De la definicion dada se infiere, quièn puede constituir ó nombrar procurador; conviene á saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenían los romanos para esto y que tambien se deduce de nuestro derecho (3) es, porque en el procurador se transfiere el dominio del pleito; y así, es una especie de enagenacion, la que no puede hacer que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente, por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos, (4) en los que son reputados como dueños.

De la misma definicion venimos en conocimiento de quien puede ser procurador; esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales, ò pleitos agenos. (5) Por falta de esta calidad no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna, el loco, desmemoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave miéntras dura la acusacion: la muger si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defienda, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar á sus parientes de servidumbre ó de sentencia de muerte: los religiosos, si no es en pleito de su órden; los clérigos de órden sagrada, si no es en los de sus iglesias, Rey ó prelado; los siervos, si no es en pleito

---

(1) L. 1. tít. 5. Part. 3.
(2) L. 10. tít. 5. Part. 6.
(3) Arg. de la ley 2. y 3. tít. 5. Part. 3.
(4) Véanse las leyes 2. 3. y 4. tít. 5. Part. 3.
(5) L. 5. del mismo tít.

del Rey: los caballeros ó soldados estando en actual servicio; y los menores de 25 años. (1)

Se acaba el oficio de precurador por muerte del que le dió el poder si acaese esta ántes de la contestacion de la demanda, pues si acaeciere despues, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador. (2) Del mismo modo, si el procurador fallece ántes de comenzar el pleito espira su oficio, pero si ya lo hubiere comenzado pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idóneos, lo que no se practica. [*]

Tambien se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva siendo favorable; pero si fuere adversa puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté espresa en el poder, pero no puede continuar la apelacion sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño, ó mandante. (3) Asimismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el pleito debe ser con justa causa, (4) como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica, no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno á sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando: *que deja al procurador, ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle.* (5) Pero ántes de la contestacion del pleito lo puede quitar sin causa alguna.

Aunque las leyes permiten generalmente á todos los que no están prohibidos el que puedan comparecer en juicio por sí mismos; con todo, el órden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho, que en todas las Au-

---

(1) Ll. 5. 6. 7. y 8. tít. 5. Part. 3.

(2) L. 23. tít. 5. Part. 5.

[*] Estas disposiciones se fundan en aquel principio de derecho de romanos adoptado por las leyes de Partida, de que el procurador por la contestacion de la demanda se hace señor del pleito con verdadero dominio en él: por lo cual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se estinguia el poder de los modos con que se estinguia el dominio: mas si esta regla ó principio tuviera lugar en el dia, no se podria revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por revocacion.

(3) L. 23. v. Aun decimos en el medio tít. 5. Part. 5.

(4) Ll. 23. y 24 del mismo tít.

(5) L. 24. del mismo tít y Febr. Librer. de Escrib. cap 11. § 1. núm. 22, en donde asegura que asi se observa judicial y estrajudicialmente.

diencias y Chancillerías haya cierto número de procuradores examinados, (1) para que los negocios se manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion si no fuere por medio de uno de los procuradores del número. (2)

Estos para poder ejercer el tal oficio, han de ser ántes examinados y aprobados por el presidente y oidores de la Audiencia, quienes si hallaren que son hábiles, les deben conferir facultad por ante escribano para ejercer el oficio, haciendo préviamente juramento de usarlo bien y fielmente. (3) No pueden presentar peticion en la Audiencia sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado. (4)

Les está prohibido hacer los escritos por sí mismos, debiendo para el efecto valerse de abogado examinado en la misma Audiencia; y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldias ó pedir prorogaciones de términos y otras semejantes. (5)

Deben ser multados cuando digeren en la Audiencia cosas falsas, y cuando hablaren sin licencia; y privados de sus oficios si recibieren dádivas ò presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran. (6)

Otras muchas disposiciones acerca de los procuradores pueden verse en los títulos 24. lib. 2. de la Recopilacion de Castilla, y autos acordados; y 28 lib. 2. de la de Indias que omitimos consultando á la brevedad.

TITULO XI.

De las cauciones judiciales.

Como el actor ó su procurador y el reo, están obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, asi por lo que hace á su persona como á las resultas del pleito; parece regular que despues de haber tratado en el tìtulo antecedente de los procuradores, se trate en este de las cauciones ó seguridades, que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo.

Caucion en este sentido, no es otra cosa: *que un acto por el cual el reo asegura al actor, ó este al reo.* De aqui

(1) L. 1. tít. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

(2) Ll. 1. tít. 21 lib. 2. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 25. lib. 5. Nov. Rec. y 2. tít. 28. lib. 2. de la de Indias.

(3) L. 1. ya citada y 4. tít. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

(4) L. 2. del dho. tít. y 13. tít. 28. lib. Rec. de Indias.

(5) L. 8. tít. 24. lib. 2. Rec. de Cast. L. 9. tít. 31. lib. 5. Nov. Rec. y 10. y 11. tít. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

(6) Ll. 5. 6. y 8. tít. 28. lib. 2. Rec. de Indias.

mismo se deduce la razon porque se exige esta seguridad. Importa á la república que los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vegen mútuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ó de que pagará lo juzgado y sentenciado, y este de que el actor continuará el pleito, y lo indegnizará de los perjuicios que le haya causado cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho se reducen à cuatro especies. La 1.ª es, la fideiusoria, que consiste en dar fiadores idóneos y abonados; es decir, que tengan con que pagar, y puedan ser fácilmente reconvenidos. La 2.ª es, la pignoraticia que se presta dando prendas de un valor que esceda ó iguale al de las deudas. La 3.ª es, la juratoria, por la cual interpuesta la religion del juramento se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4.ª es, la mere promisoria, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

Hemos dicho que asi el reo como el actor están obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente, cuales dá el reo y cuales el actor. La primera que se puede exigir del reo es, la fianza *de la haz*, y se le dá este nombre porque se constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro, en virtud de órden del juez. Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene, cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se dá, cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el delito. Puede otorgarse de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio, y de pagar lo juzgado y sentenciado.* Por la primera se obliga el fiador solamente á que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y asi, solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo à juicio siempre que se le mande, ó comparacer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentará en juicio, estará á derecho en la causa y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará él enteramente. (1) Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que preste

(1) Ll. 17. y 18. tít. 12. Part. 5.

juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negoció. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se dá por falta de fiador, cuando el reo por ser pobre no lo encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa porque se dá la caucion es de corta entidad. (1)

Otra fianza de las que dá el reo es, la que se llama *carcelera ó de càrcel segura*. Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision. (2) Este fiador se llama *carcelero comentariense*, porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo, y promesa que hace de volverlo á la càrcel, se le pone en libertad, obligándose á presentarlo en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez ó siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga ú otra à que se obligue.

Mas aunque el fiador se obligue á presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; ántes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fué igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no lo presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderlo en juicio. (3) Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometió; (4) por cuya razon á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella. (5) Si el reo fallece ántes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarlo á dia cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ó malicia suya, imponérsela mayor. (6) Mas en ninguno de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al dia en que el plazo se cumplió, si dento de él no se le demandó. (7)

La fianza *de saneamiento* es, la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la

---

(1) L. 41. tít. 2. Part. 3.
(2) Ll. 24. tít 18. Part. 3. y 16. tít. 1. Part. 7.
(3) Ll. 17. y 18. tít. 12. Part. 5.
(4) L. 10. tít. 29. Part. 7.
(5) Dha. ley 10.
(6) L. 19. tít. 12. Part. 5.
(7) L. 10. tít. 16. lib. 5. Rec. L. 1. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.

deuda, para evitar que se le ponga preso. (1) Se llama así, porque el fiador está obligado á sanear los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero, que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado. El segundo, que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero, que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto, deducido el importe que produzcan los que haya; para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirá de serlo, á ménos que pertenezca al Rey, pues entónces aunque sea hidalgo y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la Real Hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito. (2)

Entre las cauciones que se pueden exigir del actor, la primera es, la de *rato.* Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto: v. g., el marido por su muger, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los sócios que tienen compañía. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena, de que aquel por quien acciona habrá por firme lo que se practicare é hiciere en el pleito; y que si no quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al colitigante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza ántes de la contestacion porque despues no están obligados á darla aunque se les pida. (3)

La fianza llamada *de la ley de Toledo*, que es la 2. tít. 21. lib. 4. de la Recopilacion de Castilla, tiene lugar en el juicio ejecutivo. Se dá por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar con testigos la paga ò legítima escepcion, fuera del término perentorio de diez dias que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se dá en el caso de que el reo ejecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion en cuanto al efecto devolutivo, pero no en cuanto al suspensivo; y el reo queda asegurado de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverá y restituirá el ejecu-

---

(1) L. 19. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 12. tít. 28. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Ll. 4. y 14. tít. 2. lib. 6. Rec. de Cast. Ll. 2. y 15. tít. 2. lib. 6. Nov. Rec.

(3) L. 10. tít. 5. Part. 3.

tante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia. (1)

La *de la ley de Madrid*, que es la 4. tít. 21. lib. 4. de la Recopilacion de Castilla, se dá tambien en la via ejecutiva que se entabla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transaciones. En este caso la parte que pide la ejecucion de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la ejecucion de la sentencia; de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transaciones hechas entre partes por ante escribano público. (2)

Ultimamente: la fianza llamada *depositaria ó de acreedor de mejor derecho*, es la que un acreedor á un concurso ú otro juicio universal dá, cuando ántes ó despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido, ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vencido en juicio. (3)

TÍTULO XII.

De las acciones perpetuas y temporales y de las que pasan á los herederos y contra ellos.

Restan finalmente la octava y nona division de las acciones: conviene á saber, que unas son perpetuas y otras temporales: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras ni se dan á los herederos ni contra ellos.

Aunque antiguamente se llamaron perpetuas las acciones que nunca se acababan, despues consultando á que los pleitos no fuesen interminables, se dicen acciones perpetuas aquellas que duran un tiempo muy largo, como veinte ó treinta años; y temporales las que se acaban dentro de un breve espacio; v. g., un año, dos, tres ó cuatro. El que tengan término las acciones no solo es útil, sino tambien conforme á los principios de derecho. Segun estos, las acciones se enumeran entre las cosas incorporales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho: de ahí nace que las acciones, como cualquiera

---

(1) Ll. 3. y 19. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 2. y 12. tít. 28. lib. 11. Nov. Rec.

(2) L. 4. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 22. lib. 11. Nov. R.

(3) L. 12. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. L. 10. tít. 32. lib. 11. N. R.

otra cosa, se pierden por tiempo; y todas si se hubiera de hablar con rigor, se deberian llamar temporales.

Para proceder con la posible claridad en esta materia, que es práctica y de importancia, estableceremos várias reglas para conocer cuanto duran las acciones.

Regla 1.ª *Las acciones puramente reales duran tanto, cuanto permanece el derecho en la cosa de donde dimanan.* Es decir; que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa mueble, debe hacerse dentro de tres años: si raiz, dentro de diez entre presentes, y veinte entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos, la cosa se prescribió, y se estinguiò la accion para repetirla. (1) Esto se entiende poseyendo con buena fè, pues si con mala, durará la accion treinta años, y aunque pasados estos se estingue, sin embargo no adquiere el dominio el poseedor. (2)

Regla 2.ª *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella.* (3) Es decir; que toda accion personal ordinaria [*] dura veinte años contados desde el dia en que se consiguiò ejecutoriar. [**] Mas como de la sentencia ejecutoriada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada [***]

---

(1) Ll. 9. 17. y 18. tít. 29. Part. 3.

(2) L. 21. tít. 29. Part. 3.

(3) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. L. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. R.

[*] Llamamos accion personal ordinaria la que se debe intentar en juicio ordinario, por no estar fundada en alguno de aquellos documentos que traen aparejada ejecucion.

[**] Ejecutoriar no es otra cosa, que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda instancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *ejecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos ó tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos.

[***] No es lo mismo ejecutoriar, que declarar una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada. Lo primero ya hemos esplicado que es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes; en cuyo caso pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia (1) la parte en cuyo favor fuere pronunciada presenta pedimento para que se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del dia en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se dá traslado al reo, y con lo que diga ó nó, se provee auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debido efecto, por lo cual se dice que tiene aparejada ejecucion.

(1) L. 1. tít. 18. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tit. 20. lib. 11. Nov. Rec., que deroga á la ley 22. tít. 23. Part. 3. que concedia diez dias.

nace otra accion personal para pedir ejecutivamente, que es lo que llamamos *derecho de ejecutar*, el cual segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo ejecutoria, dentro de los diez primeros años puede pedir ejecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente por haber perdido el derecho ejecutivo que ántes tenia; de suerte, que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor por haber espirado ámbas con el curso del tiempo y presumirse pagada ó remitida la deuda. [*]

---

[*] No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo sin usar de su derecho, y si se le oyese, sucederia muy fácilmente, que muchos deudores que ya habian pagado se verian en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Así lo dice la ley 3. tít. 13. lib. 3. del ordenamiento real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63 de Toro que es la 6. tít. 15. lib. 4. de la Recopilacion, y otros la concilian valiéndose de la 4. del mismo título, con todo, dá luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aquí literalmente las dos, porque no son muy comunes los ejemplares de este código de nuestro derecho antiguo. Dice, pues, así la ley 3. ,,Suele acaecer que seyendo las deudas pagadas á quien eran debidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos, y porque no pueden probar la paga por muerte de los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos que aquel que alguna accion ó demanda tiene contra otro, con carta ó sin carta y desque el plazo llegare no le demandare en juicio ó no ficiere emplazar la parte sobre ello, ó no fuere fecha entrega y ejecucion por ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la demanda y no sea oydo sobre ello.''—Y la ley 4. desde el rubro se esplica en estos términos.—,,*Que la ley ante de esta se entienda que no se pueda facer entrega por tal deuda si el deudor no fuere demandado.*''—,,Mandamos que prescripto el contrato por transcurso de tiempo de diez años, segun que en la ley ante de esta se contiene, ninguna entrega ni ejecucion se pueda facer del tal deuda, fasta que el deudor sea emplazado y oydo.'' El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad: se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que tambien declare si debe su importe: de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo.

El Dr. Diego Perez glosador de estas leyes, dice así en estas palabras. *Prescripto el contrato.* Intellige quod ad executionem quantum veró ad actionem personalem praescribendam, sunt necesarii alii decem anni et sic actio personalis jure regio vicennio, jus autem exequendi decennio praescribitur; et est optimus intellectus ne dicamus uno momento hanc corrigere superiorem.

Regla 3.ª *Las acciones mistas de reales y personales, v. g., cuando en la obligacion hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona sino tambien sus bienes, dura treinta años.* (1)

Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

Regla 4.ª *La accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años.* (2)

Acerca del punto en que comienzan á correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo. Si se pide en virtud de escritura con clàusula guarentigia, no hay duda que comienzan à correr los diez años desde el dia en que se cumplió el plazo, y si no lo contiene ò es obligacion pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento hecho en la forma que pide la ley (3) para que traigan aparejada ejecucion. [*] Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, ántes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorió; y pasados se perdió el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor la accion ordinaria, la cual segun hemos dicho ántes, le dura otros diez años. [**]

Sirven de escepcion á estas reglas, vàrias acciones personales que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripcion por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1.ª La que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios. (4) 2.ª La que compete á los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas, de cosas de comer, para cobrar lo que hu-

---

(1) L. 6. tít. 15. lib. 4. Rec. L. 5. tít. 8. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Dha. ley 6.

(3) L. 5. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 4. tít. 28. lib. 11. Nov. R.

[*] Véase al señor Vela en la Disertacion 26 quien prueba látamente esta opinion, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el dia del otorgamiento, y la confirma con la práctica de la Audiencia de Sevilla, de donde fué oidor, en la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores que contenian sentencias dadas contra deudores reconvenidos por papeles simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

[**] Sobre esta materia puede tambien verse á Gomez en la ley 63. de Toro, y á Febrero no solo en la Librería de Escribanos cap. 4. §. 4. á los números 72. 73. 74. y 75., sino tambien en el lib. 3. de los juicios cap. 2., en donde trata difusamente, de qué modo se interrumpe la prescripcion cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

(4) L. 32. tít. 16. lib. 2. Rec. de Cast. L. 9. tít. 11. lib. 10. N. R.

bieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles ó cosas que hubieren hecho. (1) 3.ª La que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario; debiéndose contar los tres años en éstos, desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el dia en que se contrajo la deuda. (2)

Se acaban tambien en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum* que duran cuatro años: (3) escepto la que se concede á las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme que dura treinta años. (4) Ménos duran las acciones redhibitoria y cuanto minoris; pues la primera se da para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el dia de la venta. (5)

Las reglas dadas tienen lugar en las acciones personales que nacen de contratos: mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

Regla 1.ª *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos públicos, dura veinte años.* (6) De esta regla se eceptúan varios casos. 1.° Cuando el crímen se continúa; y asi, mal podria un ladron público oponer la prescripcion de veinte años, habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2.° Los delitos contra la castidad, cuya accion para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos ménos. (7) Escepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza, dura su acusacion treinta años. (8) 3.° Los delitos gravísimos, como la heregía, simonia de lesamagestad y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar; de consiguiente esta accion en rigor será perpetua. (9)

Regla 2.ª *La accion de cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, si no es que se encuentre mas ó ménos tiempo señalado en las leyes.* (10) Asi la accion de dolo dura dos años solamente; mas la de daños y perjuicios que resultan de él, dura treinta. (11) La accion de inju-

---

(1) L. 9. tít. 15. lib. 4. Rec. de Cast. L. 10. tít. 11. lib. 10. Nov. Rec.
(2) Dha. ley 9. del mismo tít.
(3) Ll. 2. 3. y 5. tít. 19. Part. 6.
(4) L. 10. del dho. tít.
(5) L. 65. tít. 5. Part. 5.
(6) L. 5. tít. 7. Part. 7. y Paz 5ª parte tomo 1. cap. 1. núm. 8. que así lo asienta, y se funda en esta ley.
(7) Ll. 3. y 4. tít. 17. Part. 7.
(8) Dicha ley 4. tít. 17. Part. 7.
(9) Véase á Gregorio Lopez en la glosa 4. de la ley 4. tít. 17. Part. 7. que asi lo asienta citando á otros.
(10) Paz 5ª parte tom. 1. cap. 3. núm. 83 y 84.
(11) L. 6. tít. 16. Part. 7.

rias un año solamente; (1) y así, de otras cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes.

Pasemos ahora á la segunda parte del título, en la que se trata de las acciones que pasan á los herederos y contra ellos; y para su conocimiento daremos tambien tres reglas.

Primera. *Toda accion persecutoria de la cosa ó penal, puede ser intentada por los herederos del difunto; si no es que sea destinada solamente para la venganza.* La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte, que lo que á él le correspondía ó se le debía, ya por derecho en la cosa ó á la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se esceptúan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la de inoficioso testamento, la que se da para revocar la donacion por ingratitud y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal. (2)

Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa, aunque nazca de delito, se da contra los herederos.* La razon es, porque segun digimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todo los derechos del difunto, el cual cuando se obligó, no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores. (3)

Tercera. *Las acciones penales ya nazcan de delito, ya de contrato, (v. g. la de depòsito miserable) pueden ser intentadas por los herederos; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto.* (4) La razon es, porque las penas como los delitos son puramente personales; y así, solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos que suponemos inocentes. La razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito induce un cuasi contrato, el cual ya estaba entre el difunto y el agraciado; y así, la obligacion de él pasa al heredero. (5)

TITULO XIII.

De las escepciones.

Así como al actor corresponde entablar su accion de la misma manera es á cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo ó negando absolutamente la

---

(1) L. 22. tít. 9. Part. 7.
(2) L. 23. tít. 9. Part. 7.
(3) L 20. tít. 14. Part 7.
(4) Dha. ley 20. tít. y Part.
(5) L. 23. tít. 9. y 20. tít. 14. Part. 7.

peticion del actor, ó confesando la causa que tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *escepcion.*

Diremos, pues, que la escepcion es: *una defensa ó esclusion de la accion intentada por el actor, que hace el reo, ó elidiendola del todo ò suspendiendo su efecto.* (1) Segun este modo de esplicar las escepciones, que es conforme á nuestro derecho, [*] se dividen en perpetua ò perentorias, y en temporales ó dilatorias. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la accion que parecía tener el actor: v. g., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de miedo grave. (2) Las segundas son las que solamente suspenden el efecto de la accion ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen; ó á la persona del juez, diciendo que es sospechoso ó incompetente; ó á la persona que demanda por no ser legítima para comparecer en juicio, ó al mismo negocio, como si pide el actor ántes de haber llegado el plazo. (3)

Tambien se dividen las escepciones en reales y personales. Reales son, las que aprovechan à los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen á una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona: v. g., la escepcion de beneficio de competencia.

Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer las

---

(1) L. 7. y 8. tít. 3. Part. 3. y 1. y siguientes tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

[*] Segun el derecho de los romanos, la escepcion era una esclusion fundada en la equidad, de la accion que competía atendido el rigor de derecho; es decir, que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que tenía el actor atendido el rigor de derecho era válida, y debia producir su efecto; pero la equidad prohibía que lo produjese. Por ejemplo: era principio constante que la voluntad aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo: de aquí, pues, nacía la escepcien *Quod metus causa.* Del mismo modo, por rigor de derecho el hijo de familias debe quedar obligado por el mútuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad, y favor de los padres quitan la fuerza á esta accion, mediante la escepcion del senado consulto Macedoniano. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay accion, á lo que llaman, quitar la accion *ipso jure*: v. g., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la accion decian escepciones *juris.* Mas ahora por nuestro derecho llamamos escepcion á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la accion intentada contra él.

(2) Dicha ley 7. tít. 3. Part. 3.

(3) L. 9. tít. 3. Part. 3.

escepciones y término que se concede para probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las dilatorias se deben oponer ántes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponiéndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el tèrmino de nueve dias contínuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegio á quien competa, si no es que de su inadmision se le irrogue grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entónces precediendo el conocimiento de ella pueden ser admitidas. (1)

Mas para alegar y oponer las perentorias, le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito; y despues de ellos, segun algunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, jurándolo el reo así, y que hasta entónces no habian llegado á su noticia. (2) Pero otros atendiendo á que nuestras leyes quieren que en la decision de las causas solo se deba atender á la verdad, (3) defienden que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entónces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion. (4)

En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente término, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque seria necesario que el pleito se recibiese nuevamente á prueba sobre ella; y si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pública, ó confesion de la parte contraria. (5)

No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola ántes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en calidad de no justificarlas. (6)

---

(1) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec., y Gregorio Lopez en la ley 9. tít. 3. Part. 3. glosando las palabras *no debe ser oido*, glos. 5.

(2) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec.

(3) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 16. lib. 11. N. R.

(4) Véase dha. ley 1. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec.

(5) L. 5. al fin. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 13. lib. 11. N. R.

(6) Ll. 5. y 6. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 13. lib. 11. Nov. Rec.

TÍTULO XIV.

De las replicaciones.

Así como el reo intenta elidir la demanda del actor mediante alguna escepcion; de la misma suerte el actor procura destruir la escepcion alegada por el reo, á lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien á ella con la duplicacion. Mas alegatos, no permite nuestro derecho, sino que habiendo llegado á la duplicacion, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se dá el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir à prueba. (1)

Para la replicacion se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla. (2)

TÍTULO XV.

De los interdictos.

Aunque en los tìtulos precedentes se han esplicado todas las acciones, así reales como personales, se omitieron los interdictos, porque esta clase de acciones propiamente no nacen, ni del derecho á la cosa ni en la cosa, sino de la posesion. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

Los interdictos son unas acciones estraordinarias, con las cuales se entabla un juicio breve y sumario, para discutir algun punto perteneciente á posesion.

Hemos dicho, que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion; mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor ó depositario; sino de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ànimo ó intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo título; v. g., compra, donacion ó legado, ò por otros títulos hábiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de pelearse. Es verdad que ella por sí sola no dá un derecho real y perpetuo, sino solamente momentáneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo, es proloquio recibido en derecho: *bienaventurado el que posee.* Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ven-

(1) Ll. 2 tít. 5. y 9. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 3. tít., y 1. tít. 15. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Dicha ley 2.

tajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé, hace suyos los frutos industriales consumidos: retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increible utilidad, por ser los pleitos regularmente inmortales: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espeler por fuerza y de su posesion, siendo regla general, que la venganza privada está prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente: en caso igual es mejor la condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia á favor de él.

Tantos son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendía tener derecho sobre posesion, aunque momentánea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado estraordinarias, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trámites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir, es solo en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario; mas éstas se llaman plenarias, y sumarias á las que se dirigen á adquirir de pronto, retener, ò recobrar la posesion; y estas acciones son las que con nombre de interdictos tratamos en este título. [*]

Se dividen los interdictos primeramente, en prohibitorios, restitutorios y esbibitorios. Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohiba á otro hacer alguna cosa que perjudica ó daña la posesion del público ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra*: v. g., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó egido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de 14 años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos. (1) Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna obra nueva, y la

---

[*] Las leyes romanas llamaban interdictos á unas fórmulas, ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ó prohibian algo en las causas de posesion. Como estas eran privilegiadas, y no se permitia que fuesen interminables, presentándose alguno á pelear sobre posesion, no hacia el pretor mas, que llamar al contrario, oir á ámbos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando ó prohibiendo, y con una breve fórmula, v. g., *uti posidetis ita posedentis*; decidia de pronto quién debia poseer la cosa litigiosa miéntras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria.

(1) L. 3. tít. 32. Part. 3.

pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ó mayordomos, y los curadores á nombre de los huérfanos. (1)

Los interdictos restitutorios son, aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituido á la posesion de que fué despojado. Tal es la accion que se concede á aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raiz que poseia, el cual debe ser prontamente restituido por el juez á su pesesion, y el forzador condenado, no solo á volver los frutos que llevó, sino tambien á perder la cosa raiz, aun cuando tuviese derecho á ella. (2) Finalmente: los eshibitorios se verifican cuando el juez manda á alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum.*

Otra division de los interdictos es, que unos son sencillos y otros dobles. Sencillos se dicen, cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente: v. g., en el interdicto de la espulsion por fuerza, siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo. Dobles son, cuando uno y otro de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entónces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que halla provocado primeramente; y si ámbos provocaron á un tiempo, el que eligiere la suerte.

La principal division de los interdictos es, que unos son para *conseguir* la posesion: es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* ó conservar la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. Del primero, aunque puede haber vários casos, el mas famoso es, el que se concede á favor de los hijos, ú otros parientes que tengan derecho á heredar al difunto por testamento ó ab intestato, los que deben ser puestos en posesion pacífica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido á entrar ó tomar la posesion de dichos bienes à título de que se haya vacante, á la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos ó la estimacion de ellos; procediéndose en todo sumariamente y sin figura de juicio; pero sí con plena prueba. (3)

La segunda clase de interdictos es, la *de retener* la posesion, y de estos hay dos: el uno para las cosas raices, y el otro para las muebles. (4) Uno y otro se concede á aquel, que

(1) L. 1. tít. 23. Part. 3.
(2) Ll. 9. y 10. tít. 10. Part. 7.
(3) L. 3. tít. 13. lib. 4. Rec. de Cast. L. 3. tít. 34. lib. 11. Nov. R.
(4) Al primero llamaban los romanos *uti posidetis*, y al *segundo utrubi.*

al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria, ni violenta ú ocultamente, contra el que lo perturba ó molesta, á efecto de que cese de perturbarlo, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses.

Compete, pues, esta especie de interdictos, no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural, se dice que está en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta para tener este interdicto, no siendo viciosa.

Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados, cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio ó sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor á quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun digimos vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion; de ahi es, que es necesario se decida ántes de todo la posesion interina. (1)

El interdicto de recuperar la posesion, es uno solo. Este ya lo insinuamos al esplicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raiz que poseia, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella sacó. Y si despues de hecha la fuerza se perdió ò empeoró, todo el peligro y daño es del forzador, quien deberá pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre ó patrono del forzado, ò menor de catorce años, no caerá en la pena; pero deberá restituir la cosa. (2) Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro juez despojare á alguno de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias. (3) Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despachado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cumplida. (4)

Mas desde que el derecho canónico estableció la accion llamada *de despojo*, es de ménos uso el interdicto esplicado. (5) Lo que tiene de mas útil la accion canònica es, que el in-

---

(1) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2. tít. 14. P. 6.
(2) L. 10. tít. 10. Part. 7.
(3) L. 2. tít. 13. lib. 4. de la Rec. de Cast. L. 2. tít. 34. lib. 11. Nov. Rec.
(4) L. 2. del mismo tít. 13.
(5) C. 18. de *restitutione spolitorrum.*

terdicto es accion personal; y asi, solo compete contra el forzador, y la accion de despojo es real; y asi se dá contra cualquier poseedor. De suerte, que segun el derecho canónico, la posesion es una especie de derecho en la cosa. En el interdicto podria tal vez admitirse alguna escepcion, mas con la accion de despojo cesa toda escepcion sea la que fuere. De aquí nace aquella regla de derecho canónico *Spoliatus ante omnia restituendus.*

TITULO XVI.

De la pena dc los temerarios litigantes.

Por pena no se entiende en este título, un castigo que se impone por algun delito, sino unos medios que ha adoptado el derecho para reprimir la temeridad, asi del actor como del reo, que suelen suscitar ó defender pleitos injustos.

En este sentido, pues, la primera pena establecida contra los temerarios litigantes, ó el primer modo de reprimir su temeridad, es, el juramento llamado de calumnia, ó de credulidad. Este no es otra cosa, que un juramento que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas asi civiles como criminales. En las primeras, afirmando el actor que mueve el pleito porque cree que tiene justicia, y que asi lo proseguirá de buena fé sin procurar dilatarlo, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales, que no le acusa por odio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe asegurar, que las escepciones y defensas de que usa son justas en los mismos términos.

Este juramento se manda hacer por el juez á ámbos litigantes despues de contestado el pleito, en caso que lo pidan el uno al otro. (1) Mas si no lo piden, por su defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se hace con la especialidad referida, y se estima hecho con aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los escritos de demanda: *juro lo necesario &c.* Segun esto, podemos decir, que el juramento de calumnia es de dos maneras: especial y general. Especial es, el que se pide espresamente por alguno de los litigantes al otro, acerca de los puntos que hemos dicho ántes, y que se reducen á cinco. 1.° Que cree tener justicia. 2.° Que cuantas veces sea preguntado dirá ingenuamente la verdad sobre el particular. 3.° Que no usará de falsas pruebas, ni escepciones fraudulentas. 4.° Que no pedirá dilaciones maliciosas en perjuicio de la otra parte. 5.° Que á ninguno ha dado ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lograr el bien éxito del

(1) Ll. 3. tít. 10. y 23. Part. 3.

pleito, sino lo que las leyes permiten dar. (1) General, se llama esa espresion de juramento que se añade en todos los pedimentos, y que tácitamente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se confunde con el llamado de malicia. [*]

Deben hacer este, las principales personas del pleito, como son el actor y reo, y sus abogados, entendiéndose, siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores. (2) Fuera de este caso están obligados los abogados al comenzar à ejercer su oficio, cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar, que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderán causas en que conozcan que sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado á abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan, los abandonarán: que lo harán saber asi á los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que verán y se impondrán en los autos originales, ántes de firmar las relaciones de ellos. (3) Mas en el dia solo està en práctica el hacer este juramento al ingreso de su oficio, y en el caso de pedirlo las partes.

Si el actor se resistiere á hacer el juramento de calum-

---

(1) Dha. ley 23.

[*] Para que mejor se entienda lo dicha es menester notar, que hay tres clases de juramento judiciales, á saber: el de calumnia, el de malicia, y el de decir verdad. El primero ya lo hemos esplicado. El de malicia es el que se hace, no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos ó escepciones, ántes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la escepcion ó pide la dilacion. Este juramente, que se acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23. tít. 10. P. 3. v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun los autores se diferencia de él; lo primero, en que este se puede pedir ántes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo, en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero, en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel, sobre escepciones, ó artículos particulares y dilaciones. Febrero Librer. de escribanos lib. 3. del juicio ordinario cap. 1. §. 2. núm. 109.

El juramento de decir verdad es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posiciones, sino tambien los testigos y peritos que declaran en él: los testigos, sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta.

(2) L. 23. tít. 10. Part. 3.

(3) Ll. 2. y 3. tít. 16. lib. 2. Rec. de Cast. Ll. 3. y 8. tít. 22. lib. 5. Nov. Rec.

ñia, debe ser absuelto el reo, y si este lo rehusare, debe ser condenado como si hubiera sido convencido: porque de esta resistencia se infiere, que se mueven á intentar el pleito ó á escepcionarse con mala fé. (1)

El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es, imponerles pena pecunaria; [*] la que en el dia está reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causó á su contrario, pidiéndolas este. [**] Se juzga no tenerla, cuando la demanda es inepta ó claramente injusta, ò el actor no la probò, ó el reo sus escepciones, ó puso alguna maliciosamente. (2) Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, á lo ménos con dos testigos, ni cuando al principio del pleito hizo el juramento de calumnia. (3) Mas como esta disposicion está fundada en presuncion de que el que juró diria verdad; de ahí es, que faltando esta, como si constase de la temeridad ó calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas, no obstante el juramento. (4)

En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y perjuicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondia al delito de que acusó al otro: (5) y si el reo se defendiere con escepciones dolosas é injustas, ó de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador ó de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que merezca su delito. (6)

La infamia, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes; la que no solo se irroga en el caso

---

(1) L. 23. tít. 10. Part. 3.

[*] Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda; como en los legados piadosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenian obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas.

[**] Es digno de notarse que la ley 8. tít. 22. Part. 3. que hace mencion de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideracion, y probándolos el agraviado ante el juez lo deberá condenar á resarcirlos.

(2) L. 30. tít. 2 y 8. tít. 12 Part. 3.

(3) Dicha ley 8. del mismo tít. y Part.

(4) Asi Gregorio Lopez en la glosa 2. de esta ley.

(5) Ll. 5 y 27. tít. 1. Part. 7.

(6) L. 5. tít. 6. Part. 7.

esplicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos, de tutela, depósito, sociedad y mandato; y por todo verdadero delito, á escepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos. (1)

TITULO XVII.

Del oficio del juez.

Juez llamamos á una persona pública, constituida por legítima autoridad con jurisdiccion para ejercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde conforme á derecho y al resultado del proceso. (2)

El juez puede ser eclesiástico ó secular. Eclesiástico es el que egerce la jurisdiccion eclesiástica, ó para causas puramente espirituales, ó conexas ó en personas del fuero eclesiástico: y juez secular es, el que egerce la jurisdiccion, real, y en causas profanas, del que aquí se trata. La jurisdiccion que es propiamente la que constituye al juez, no es otra cosa: que *una potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad.* Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdiccion ó es, ó dimana del Monarca por título legítimo, sin que pueda tener orígen de particulares. (3)

La jurisdiccion en general, se divide en suprema, á que llaman sumo imperio y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó suprema jurisdiccion es, la que únicamente reside en el Emperador, Rey ò Príncipe soberano que no reconoce superior en lo temporal: v. g., el Rey de España en todos los dominios de la Península y en la América: (4) y jurisdiccion, solamente aquella que es concedida por el dueño de la suprema para el conocimiento y decision de cualesquiera especie de causas civiles y criminales.

A toda jurisdiccion verdadera está anexa la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncien, y á esto se llama *imperio ó potestad armada.* Este imperio es, ò *mero,* ó *misto*: imperio mero es, la facultad y poder para hacer justicia castigando á los delincuentes con muerte, azotes, destierro &c., (5) á lo que tambien llaman jurisdiccion criminal. Mis-

---

(1) Dha. ley 5. tít. y Part.
(2) L. 1. tit. 4. Part. 3.
(3) Ll. 1. y 2. tít. 1. lib. 4. y 1. tít. 3. lib. 3. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 1. lib. 4. y 1. tít. 5. lib. 5. Nov. Rec.
(4) Dha. ley 1. tít. 1. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 1. lib. 4. N. R.
(5) L. 18. tít. 4. Part. 3.

to imperio es, la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y esta tienen todos aquellos á quienes compete la jurisdiccion civil, la que sin este imperio sería ilusoria, no pudiendo hacer efectiva la sentencia dada, por medio de egecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes.

La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice voluntaria, y otra contenciosa. La 1.ª es, la que se egerce en algunos casos en que no hay parte contraria á quien citar: v. g., en la manumision de un siervo. La contenciosa por el contrario, es aquella que no se puede egercer sin citar y oir á la otra parte: v. g., cuando se intenta una accion en juicio contra otro.

Se divide tambien la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada. Ordinaria es, la que se egerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que egercen los jueces superiores del Real Consejo, Chancillerías y Audiencias Reales, y sus inferiores como los corregidores, alcaldes mayores y ordinarios. (1) Delegada es aquella, que se concede por juez mayor ordinario, á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenía poder el delegado; (2) y prorogada es, aquella que se concede por las partes á un juez estraño è incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la da, ni en sus cosas, por cuya accion se hace su súbdito, siendo prorogable la jurisdiccion. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse à un juez real, ni un secular al eclesiástico. (3) La prorogacion puede ser espresa ó tácita: espresa es, cuando las partes se convienen espresamente en que un juez, que para las dos ó para alguna de ellas no era competente, conozca de su pleito y lo sentencie; y tàcita es, la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia. (4) Puede prorogarse la jurisdiccion, de persona á persona, ó de causa á causa; però parece mas probable que no se podrá de lugar á lugar, ni de tiempo á tiempo porque el juez fuera de su lugar ó de su tiempo ya no es mas que un particular, á quien por no tener jurisdiccion alguna no se le puede prorogar.

Finalmente: toda jurisdiccion, como indicamos desde el principio, se divide en eclesiástica y secular. Eclesiástica es, la que dimana del Sumo Pontífice; y secular la que procede del

---

(1) L. 1. tít. 4. Part. 3.
(2) Dicha ley al fin.
(3) L. 13. tít. 1. lib. 4. Rec. de Cast. L. 8. tít. 1. lib. 4. Nov. Rec.
(4) Ll. 32. tít. 2. Part. 3. y 20. tít. 4. Part. 3.

Emperador, Rey ó Príncipe, que no reconoce superior en lo temporal. Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que le pertenecen, y cuando son de ámbas se llaman de misto fuero. Al del eclesiástico, segun ya digimos, tocan las espirituales y anexas á ellas aunque sea entre seculares; y las de clérigos seculares y regulares como á sus súbditos. Al fuero secular pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiàsticos; y de misto fuero son aquellas en que pueden conocer por prevencion el juez eclasiástico y secular, siendo regla general, que el actor debe seguir el fuero del reo.

Por lo que hace al oficio, ù obligaciones anexas al oficio del juez, la primera es, juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ó lugar en donde egerce jurisdiccion. (1) La 2.ª observar el órden de proceder en los juicios que se halla establecido por derecho, y sentenciar conforme á lo alegado y probado por las partes. (2) 3.ª Se les prohibe rigorosamente recibir por sí ni por otros, cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, ò hubieren de venir á ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio. (3) Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponden, y que las mismas leyes les asignan. (4) 4.ª No pueden contraer matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes. (5) 5.ª Siendo legos deben juzgar con parecer de asesor; y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer. (6) 6.ª Dada la sentencia y declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada debe hacerla egecutar; pero con esta distincion, que si condena al reo á pagar alguna cantidad en dinero, le debe dar diez dias de término para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de tres dias, ya sea mueble ó raiz. (7)

Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que seria dificil referir aquí. Vèanse en las leyes del título 4. Part. 3.

---

(1) Ll. 7. tít. 9. lib. 3. del Fuero Real, y 1. 2. y 4. tít. 1. lib. 2. Rec. de Indias.

(2) L. 10. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 16. lib. 11. N. R.

(3) Ll. 5. tít. 9. lib. 3. Rec. de Cast. Ll. 7. tít. 1. lib. 11. N. R. y 6. tít. 4. Part. 3.

(4) Ley única. tít. 10. lib. 3. Rec. de Cast.

(5) Ll. 47. y sig. tít. 16. lib. 2. y 74. tít. 3. lib. 3. Rec. de Indias.

(6) Real cédula de 22 de setiembre de 1793. L. 9. tít. 16. lib. 11. Nov. Rec.

(7) Ll. 3. y 6. tít. 17. lib. 4. de la Rec. de Cast. Ll. 1. y 3. tít. 17. lib. 11. Nov. Rec. y la 5. tít. 27. Part. 3.

tít. 9. lib. 3. de la Rec. de Cast. tít. 1. lib. 11. Nov. Rec. y tít. 3. lib. 3. de la de Indias. [*]

TÍTULO XVIII.

De los delitos públicos.

Digimos en el principio de este libro, que todos los delitos ó eran privados ò públicos; siendo los primeros, aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares; y los segundos, los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la república. Entre los juicios de unos y otros hay várias diferencias. 1.ª En los delitos privados el que intenta la accion se llama actor, y en los públicos acusador. 2.ª En los primeros, intenta la accion aquel á quien interesa para satisfaccion de su daño particular; y en los segundos, para escarmiento y satisfaccion del público. De estos delitos unos hay que se llaman capitales, y otros no capitales, atendiendo á la pena que merecen. Capitales son, aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil: v. g., á muerte de horca, ó á destierro perpetuo. No capitales se llaman, los que tienen impuestas penas menores que la muerte natural ó civil, como azotes, infamia &c.

El primer delito público es, el llamado en general, delito *de lesa-magestad* y traicion, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ó dignidad del monàrca, ó contra la república, y se puede dividir en crímen de perduelion y de lesa-magestad en especie. El primero, se comete intentando matar ó herir al Rey, ó alzarse con el reino, ó entregarlo á sus enemigos. El segundo, no indica precisamente un ánimo enemigo del Rey ó de la república, pero sí comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del príncipe, ó de su estimacion y dignidad. (1)

Las penas impuestas al delito de perduelion, llamado tambien traicion, son: dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la càmara del Rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su

---

[*] Tambien distinguen el oficio del juez en noble y mercenario. Por el primero, puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo, solo lo que le suplican conforme á derecho.

(1) Véase la ley 1. tít. 2. Part. 7. que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase, de las cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion;* y los demas, delitos de lesa-magestad ley 1. tít. 18. lib. 8. Rec. de Cast. L. 1. tít. 7. lib. 12. Nov. Rec.

casa, y sus heredades, para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso ni de dignidad, ni heredar ò adquirir legado de pariente ó de otro estraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres. (1) La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no lo puede defender queda asimismo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes. (2)

Casi las mismas penas están impuestas á los delitos de lesa-magestad, con la diferencia que en estos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo, ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedarán infamados los hijos del delincuente. (3) Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino tambien á los que cooperan, y aun á los que lo saben y no lo descubren. (4) Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ò mugeres, de buena ó mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas por lo mucho que importa á la república se facilite el modo de descubrir y castigar estos delitos. (5)

Los delitos contra la castidad tienen lugar entre los públicos, y el primero de ellos es el adulterio, ó el comercio carnal con muger casada, [*] sabiendo que lo es. (6) La pena establecida por derecho de España y de Indias es, que ámbos adúlteros sean entregados por el juez al marido para que los mate, ó perdone á ámbos, no pudiendo castigar, ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de àmbos. (7) Mas no ganará la dote de la muger, ni bienes de ámbos, el marido que de propia autoridad matare al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesion solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia. (8) La

---

(1) Ll. 2. tít. 2. Part. 7. y 6. tít. 13. Part. 2.
(2) Ll. 2. tít. 18. lib. 8. de la Rec. y 3. tít. 2. Part. 7.
(3) Dha. ley 3. tít. 2. P. 7. Acevedo en la 2. tít. 18. lib. 8. de la R.
(4) L. 6. tít. 13. Part. 2.
(5) L. 3. tít. 2. Part. 7.
[*] Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delincuentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que establece el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinúa en la ley 1. tít. 17. Part. 7.
(6) L. 1. dicho tít. y Part.
(7) Ll. 1. 2. y 3. tít. 20. lib. 8. de la Rec. de Cast. Ll. 1. 2. y 3. tít. 28. lib. 12. Nov. Rec., y la 4. tít. 8. lib. 7. de Indias.
(8) L. 5. tít. 20. lib. 8. Rec. de Cast. L. 5. tít. 28. lib. 12. Nov. R.

ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada, la pena de muerte, y á la muger que lo cometió, la de azotes y ser encerrada en un monasterio, con perdimiento de dote y arras á favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa, pierde tambien los gananciales. (1)

Solo tiene facultad para acusar este delito el marido, el que, ò ha de acusar á ámbos adúlteros, ó á ninguno. (2) Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular, dentro de cinco años, contados desde el dia en que se cometiò el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza, dentro de treinta.

El incesto es otro delito contra la castidad, el cual segun nuestro derecho, se comete teniendo uno acceso carnal con parienta suya, sea de consanguinidad ó afinidad, hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, ó con religiosa profesa. (3) Las penas impuestas á este delito son, la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes. [*] Puede acusar en él cualquiera del pueblo, dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que lo haya cometido, si no es que sea menor de catorce años, y la muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre. (4)

El estupro se comete cuando uno corrompe á muger vírgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza. (5) La pena impuesta por la ley de Partida á este delito, era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil, la de ser azotado públicamente y desterrado por cinco años. (6) Mas por ser estas penas tan graves, no están en pràctica; y así, lo que regularmente se hace es obligar al desflorador á que, ó dote á la muger, ó se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria.

Por una real cédula, está mandado que los reos de es-

---

(1) L. 15. tít. 17. Part. 7.

(2) L. 2. tít. 19. lib. 8. de la Rec. L. 4. tít. 26. lib. 12. Nov. Rec., que deroga á la 2. tít. 17. Part. 7., que permitia la acusacion tambien al padre, hermano, y tio paterno ó materno. L. 2. tít. 20. lib. 8. Rec. de Cast. L. 3. tít. 28. lib. 12. Nov. Rec.

(3) Ll. 1. tít. 18. Part. 7. y 7. tit. 20. lib. 8. de la Rec. de Cast. L. 1. tít. 29. lib. 12. Nov. Rec.

[*] La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuestas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes, que señala la ley de Rec., que es la 7. tít. 20. lib. 8. L. 1. tít. 29. lib. 12. Nov. Rec.

(4) L. 3. tít. 18. Part. 7.

(5) L 1. tít. 19. Part 7.

(6) L. 2. del mismo tít.

tupros no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, y aun si no tuviere como afianzar, siquiera estar á derecho: todavía se le deje en libertad, guardando la ciudad, lugar ó pueblo por cárcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le sea mandado. (1)

El pecado nefando ó de sodomía, se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse así al agente como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cámara. (2)

A los alcahuetes puede tambien acusar cualquiera del pueblo: las especies que hay de ellos, y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del tít. 22. Part. 7. y en las del título 11. libro 8. de la Rec., especialmente la 4 y 5.

El tercer delito público es el homicidio, el que no es otra cosa, que dar la muerte á un hombre, sea libre ó siervo, (3) Esto se puede verificar de tres maneras, ó con dolo, es decir, con intencion directa de matar, ó en propia defensa, ó finalmente por acaso. De aqui, pues, nace la division del homicidio en doloso ó determinado, en justo y casual. (4) Solo el de la primera especie es delito, y el que lo comete tiene la pena de muerte de horca, (5) sin que escuse el que la muerte haya sido dada en riña ó desafio. (6) No solo es culpable de esta especie de homicidio el que determinadamente va á matar, ó mata á otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Así, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.° Los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno. (7) 2.° Las madres que procuran el aborto. (8) 3.° El boticario ó botánico que vende bebidas, ó yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte á alguno. (9) 4.° El juez que maliciosamente dá sentencia de muerte contra el reo que no la merece. 5.° El que presta armas ó auxilio para matar. Y 6.° El que castra á otro. (10)

Este homicidio determinado comprende otras dos especies,

---

(1) Real cédula de 30 de Octubre de 1796, remitida á la América con fecha de 31 de Mayo de 1801, y publicada en 11 de Mayo de 1802. L. 4. tít. 29. lib. 12. Nov. Rec.

(2) Ll. 1. y 2. tít. 21. lib. 8. Rec. Ll. 1. y 2. tít. 30. lib. 12. Nov. Rec. y 1. y 2. tít. 21. Part. 7.

(3) L. 1. tít. 8. y Part. 7.

(4) Dha. ley 1. tít. Part.

(5) Ll. 4. y 10. tít. 23. lib. 8. de la Rec. de Cast. L. 1. y 2. tít. 21. lib. 12. Nov. Rec.

(6) L. 3. tít. 23. lib. 8. Rec. L. 4. tít. 21. lib. 12. Nov. Rec.

(7) L. 6. tít. 8. Part. 7.

(8) Ley 8. del citado tít.

(9) L. 7.

(10) Ll. 10. 11. y 13. del mismo tít.

y son el que se llama de muerte segura, y de traicion ó alevosía. El que mata á muerte segura, es decir, de un modo en que no es posible evitar la muerte, v. g., con arcabuz ó pistola, ademas de la pena de muerte, se le confisca la mitad de sus bienes: (1) y el que matare á traicion, es decir, con engaños ó semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrasdo y ahorcado, con confiscacion de todos sus bienes, la mitad para el Rey, y la otra mitad para los herederos del muerto. (2)

El que mata por ocasion, ó sin dolo ó intencion de matar, ó por exigirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicidio, sino otra mas moderada, atendidas las circunstancias. (3)

Síguese el delito del parricidio; y aunque este significa en rigor la muerte del padre, con todo, aquí se toma mas latamente por todo homicidio cometido entre parientes cercanos: v. g., cuando el padre mata á su hijo ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ó el nieto á su abuelo, ó á su bisabuelo, ó alguno de ellos á él, ò el hermano al hermano, ò el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio, ó el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra á su yerno ó nuera, ó el yerno á la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ò este á su padrastro ó madrastra, ó el liberto á su patrono. El que comete este delito, sea la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente, y despues encerrado en un saco de cuero, y con él un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco lo echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciere. La causa de castigarle de esta manera es, por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañándosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres. (4) Esta pena no está en uso con toda la acervidad referida, y lo que se practica es, que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en el cuero con los animales que hemos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco, se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite á algunas personas piadosas que lo estraigan, y lo entierren en lugar sagrado.

El delito de falsedad comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad. (5) Tales

(1) L. 10. tít 23. lib. 8. Rec. L. 2. tít. 21. lib. 12. Nov. Rec.
(2) Dicha ley 10. tít. y lib.
(3) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tít. 8. Part. 7. y 11. 12. y 13. tít. 23. lib. 8. Rec. de Cast. Ll. 13. 14. y 16 tít. 21. lib. 12. Nov. Rec.
(4) L. 12. tít. 8. Part. 7.
(5) Principio de la ley 1. tít. 7. Part. 7.

son: 1.° El escribano público que hace algun testamento, escritura ú otro instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre. (1) 2.° El testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. Á este se le condena á la misma pena que debia imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa. (2) 3.° El que falseare bulas del Papa, ó cédulas, privilegios ó sellos; el cual delito tiene pena de muerte, y confiscacion de la mitad de los bienes á favor de la càmara del Rey. (3) 4.° El que acuña moneda falsa de oro ò de plata, ó de otro metal, á quien se impone la pena de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la cámara. (4)

Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden verse en ellas mismas. (5)

Á este título tambien pertenece la fuerza, que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece. (6) Se divide en pública ò con armas, y privada ó sin ellas. La pública es una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la seguridad pùblica. La privada es, una fuerza ménos grave cometida sin armas contra los privados. La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es, destierro perpetuo, y que si no tiene parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la cámara del Rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el dia en que fué dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo ó sin armas, tambien debe sér desterrado para siempre el forzador, pero solo se le confiscará la tercera parte de sus bienes, y si tuviese algun oficio honorífico lo debe perder y quedar infame. (7) La fuerza que se hace á alguna muger para pecar con ella se reduce á la pública, y tiene la pena de muerte. (8)

Otro delito público es, el de los sacrílegos ó ladrones de

(1) L. 6. tít. 7. Part. 7.

(2) Ll 4. tít. 17. lib. 8. Rec. de Cast. L. 4. tít. 6. lib. 12. Nov. Rec.

(3) Ll. 4. y 6. tít. 7. Part. 7. y 4. tít. 17. lib. 8. Rec. de Cast. L. 4. tít. 6. lib. 12. Nov. Rec.

(4) Ll. 9. tít. 7. Part. 7. 11. y 67. tít. 21. lib. 5. y 4. tít. 6. lib. 8. Rec. de Cast. Ll. 1. tít. 17. lib. 9. 3. tít. 8. lib. 12. y 2. tít. 22. lib. 12. Nov. Rec.

(5) Todo el tít. 7. Part. 7. tít. 17. lib. 8. Rec. de Cast. y leyes 1. 2. y 5. tít. 13. y l. 5. 6. tít 22. lib. 5. Rec. tít. 6. y 8. lib. 12. Nov. Rec.

(6) L. 1. tít. 10. Part. 7.

(7) L. 8. tít. 10. Part. 7.

(8) Ll. 3. tít. 20. Part. 7.

las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero público ó del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun dijimos en el título de los hurtos. (1)

El hurto de hombre vivo sea libre ò siervo, á que llaman en derecho plagio, se castiga si es hijo-dalgo el ladron, con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad con pena de muerte. (2)

Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas, hemos tratado en el título V. de este libro. (3)

El delito de los que encarecen los mantenimientos y géneros de primera necesidad, se puede tambien acusar por cualesquiera del pueblo (4) por resultar manifiestamente en daño de la repùblica, y principalmente de las personas pobres. (5) Tal es el delito de los regatones, asi llamados porque tienen por oficio y manera de vivir el comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos mas caro. (6) Estos se castigan con diversas penas, ya de perder los géneros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó mas, (7) ya con pena de azotes ó de multa pecuniaria. (8)

---

(1) L. 18. tít. 14. Part. 7.
(2) L. 22. dho tít. y Part.
(3) L. 8. tít. 1. Part. 7.
(4) L. 1. tít. 14. lib. 5. de la Rec. L. 6. tít. 17. lib. 3. Nov. Rec.
(5) L. 19. tít. 11. lib. 5. Rec. L. 3. tít. 19. lib. 7. Nov. Rec.
(6) Dha. ley 19.
(7) Dha. ley 19. y 24. del mismo tít.
(8) Ll. 1. 2. tít. 14. lib. 5. Rec. de Cast. y Autos acordados del tít. 14. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 6. y 7. tít. 17. lib. 3. Nov. Rec.

APÉNDICE.

DE LOS JUICIOS, SU ÓRDEN Y RITUALIDADES.

§. I.

De los juicios en general.

Juicio es: *un modo legítimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos.* (1) Se divide en ordinario, estraordinario, y sumario. Juicio *ordinario* es, en el que se procede por accion ó acusacion verdadera, guardándose el órden y solemnidades de derecho. *Estraordinario*, cuando se procede sin querella ó accion intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario*, se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningun aparato ni figura de juicio.

Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal* y *misto:* se llama civil, cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interes á la parte: criminal, cuando se dirige à la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena quo merezca su delito conforme á derecho; y misto, cuando participa de los dos, civil y criminal.

Tambien se subdivide, en definitivo é interlocutorio: definitivo es, cuando con él se termina la causa principal: interlocutorio, cuando solo se decide un artículo particular.

Finalmente: el juicio es, ó petitorio, en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó dominio de alguna cosa; ó posesorio, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir, ó retener la posesion que se les disputa, ó recuperar la que han perdido.

Todo juicio requiere actor, reo y juez. (2) A mas de esto, se necesita tambien de escribano público en lo secular, y de notario en lo eclesiástico. *Actor* es, el que pretende, ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es, aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, à la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es, el que por pública autoridad conoce del pleito y lo decide. (3)

---

(1) Arg. de la ley 2. tít. 22. Part. 3.
(2) Ll. 28. tít. 23. y fin. tít. 26. Part. 3.
(3) L. 10. tít. 4. Part. 3.

§. II.

Orden del juicio ordinario.

En el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda, el juez manda dar traslado de ella al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesándola ó negándola. (1) Si ha de oponer escepciones perentorias, tiene otros veinte dias mas para alegarlas. (2) No hallándose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que se le señale en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de próximo y hay bienes suyos, con informacion de ello, y á pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa, como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo está para ausentarse del lugar, ó se teme que haga fuga, se da mandamiento de arraigo, para que dé fianza de juzgado y sentenciado, y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse.* (3)

No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldía, y pide que se le señalen los estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos, y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con él, y que se le cobren los autos con apremio. El juez da *por acusada la rebeldía,* y manda que *un ministro los cobre con apremio,* para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee:—*Autos:* y habiéndolos visto provee auto en que señala los estrados por bastantes, en estos términos:—*Por acusada la rebeldìa: recíbase esta causa á prueba por el término de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante á no haber comparecido la de N. demandado, en su ausencia y rebeldía se declaran los estrados de este juzgado por bastantes, à quienes se harán saber los autos y diligencias que ocurran.* Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se

---

(1) L. 1. tít. 4. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 6. lib. 11. Nov. Rec.

(2) L. 1. tít. 5. lib. 4. Rec. L. 1. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec.

(3) Ll. 2. tít. 18. lib. 3. Fuero Real, 41. tít. 2. Part. 3., 17. tít. 12. Part. 5., 7. tít. 20. lib. 2. y 3. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast. Ll. 8. tít. 24. lib. 5. y 5. tít. 11. Lib. 10. Nov. Rec.

habian de hacer al reo, hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo á la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias ó el del emplazamiento, miéntras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

Habiendo respondido el reo á la demanda, se da traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias; si no es que el reo le ponga alguna reconvencion, porque entónces tiene nueve dias para responder. (1) De este escrito, que se llama réplica, se da traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte. (2)

En este estado se dice estar los autos conclusos, porque los litigantes han dicho y alegado ya, cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular, no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ó no. El que se acostumbra poner en estos casos es: *Autos con citacion.* Citadas las partes, los ve, y siendo necesario (porque suele no serlo apareciendo la justicia en el proceso por instrumentos, ó por otros medios, conforme á derecho) (3) provee auto de prueba, diciendo:—*Vistos: recíbese esta causa á prueba por el término de nueve dias comunes á las partes.* El dicho auto se notifica á ámbas, y les corre el término probatorio desde el dia de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas tèrminos de prueba, piden las prorogaciones que han menester, ántes que se les concluya el dado, y el juez ve concediendo segun vé que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el término de la ley. (4) Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que están ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el término llamado *ultramarino*, ó estraordinario, que es de seis meses. (5) El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es, poner al escrito de la parte que pide otros nueve ó quince dias mas:—*Concèdensele, estando dentro del término.*

Recibida la causa á prueba, han de tomar las partes los

---

(1) L. 2. tít. 5. lib. 4. Rec. de Cast. L. 3. tít. 7. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Ll. 2. 5. y 9. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 2. tít. 10., 9. tít. 11. y 1. tít. 15. lib. 11. Nov. Rec.

(3) Ll. 7. tít. 14. Part. 3. y 4. tít. 6. lib. 4. de la Rec. L. 5. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec.

(4) Ll. 1. y 2. tít. 6. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 10. lib. 11. Nov. Rec.

(5) Ll. 1. y 2. ya citadas.

autos por su òrden, para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contraria los instrumentos y cosas que las conduzcan sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos ántes, si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos, concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos á que puedan y deban satisfacer poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion*. Esta no es otra cosa, que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á él se responda.

Finalmente: los interrogatorios que se presentan para el exámen de testigos y las disposiciones de estos, no se han de manifestar á la parte contraria, hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas.

Pasado el término probatorio y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide, que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte para que esponga si efectivamente està pasado ó no el término, ó tiene algun motivo que la impida por entónces. Si nada dice á los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir á la publicacion, y hacerla saber á ámbos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas. (1) El decreto que suele ponerse en este caso es:—*Hágase publicacion de probanzas, y entrèguense lor autos á las partes por su órden.*

Hecha la publicacion y notificada á las partes, se les han de entregar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su òrden: esto es, primero al actor y despues al reo, á fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte cómo probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario &c., lo que deben ejecutar dentro del término de seis dias. Del alegato que hiciere el actor se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos, ó redargüirse de falsos algunos documentos, se da tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que digere ó no, á los tres dias, acusándosele la rebeldía, se recibe la causa á prueba en estos puntos con un término arbitrario, que no debe esceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado este, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien probado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para defi-

(1) Ll. 37, tít. 16. Part. 3.

nitiva. [*] El juez da traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ó no, á los tres dias, acusándose la rebeldìa si no responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á exáminar la causa, y manda citar à las partes para pronunciar sentencia.

Esta no es otra cosa: que *la decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él.* (1) Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama interlocutoria, la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su principio y fin, sobre algun incidente; y definitiva, que propiamente se dice sentencia, es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes hace el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion, ó condenacion á la controversia que ante èl suscitaron. (2)

Debe el juez proferir la sentencia definitiva dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presentes las partes ó citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa por qué se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada á derecho, y no esceder de lo pedido. (3) Es verdad que el juez puede remitirse á los autos cuando en ellos consta lo adeudado; pero si es cantidad ilíquida debe mandar que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes ántes de ejecutar la sentencia.

Notificada la sentencia definitiva à las partes ó á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado el término de la ley, y pidiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y que la lleve á pura y debida ejecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la otra parte, y con lo que dijere ó no, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldía, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte á

---

[*] Concluir en los pleitos, quiere decir, que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de sustancia del juicio, ya se pida ó no por las partes, segun las leyes finales tít. 6. y 7. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 9. lib. 11. Nov. Rec., por lo que, siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se ha el pleito por concluido legítimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(1) L. 1. tít. 22. Part. 3.

(2) Ll. 1 y 2. tít. 22. Part. 3.

(3) Ll. 5. y seg. tít. 26. Part. 3., y sig. tít. 17. lib. 4. Rec. de Cast. L. 3. tít. 17. lib. 11. Nov. Rec.

que cumpla con ella en estos términos:—*Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenó à tal cosa, y ser pasado el término en que lo debiò practicar, y mucho mas: se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena á que estè y pase por su tenor sin contravenirlo en manera alguna.*

§ III.

De la apelacion.

Apelacion es: *un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que lo enmiende conforme á derecho.* (1) Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza definitiva, ó causan un gravámen irreparable. (2) Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior que no es el inmediato, ó á un igual al que sentenciò, vale la apelacion, no para el efecto de que puedan estos juzgar de ella, sino para enviarla á quien pertenece, diciendo:—*Acuda esta parte adonde toque.*

El tèrmino señalado para interponer la apelacion es de cinco dias, contados desde el dia en que se notificare al agraviado, (3) Pero el menor por el beneficio que goza de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su menoría. (4) Así mismo el fisco, las iglesias y consejos valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse; y habiendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta. (5) Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios ó dedicado al cultivo de la tierra y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, ó removido el impedimento, pidiendo restitucion por esta causa dentro de diez dias. (6)

De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificó; y en

(1) Ll. 2. y 14. tít. 23. Part. 3., y 1. tít. 18. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 20. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Ll. 13. tít. 23. Part. 3., y 3. tít. 18. lib. 4. Rec. de Cast. L. 23. tít. 20. lib. 11. Nov. Rec. Conc. Trid. ses. 24. de reform. cap. 20.

(3) L. 1. tít. 18. lib. 4. Rec. de Cast. L. 1. tít. 20. lib. 11. N. R.

(4) Ll. 1. 2. y. 3. tít. 23. Part. 3. y 8. 9. y 10. tít. 19. Part. 6.

(5) L. 10. tít. 19. Part. 6.

(6) Ll. 10. y 11. tít. 23. Part. 3.

el mismo término se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiástico. (1)

Admitida la apelacion, manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalàndole, gozará del término que la ley prefine segun las distancias de los lugares (2)

Traidos los autos y presentados al juez que ha de conocer de la apelacion, debe este citar á las partes. El apelante presenta entónces un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocacion del atentado, si se hubiere cometido. De este escrito se dá traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior despreció en primera instancia. (3)

Pasado el término probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion citadas las partès, y estándolo se pronuncia la sentencia, y se notifica como en la primera instancia.

§. IV.

De la súplica.

Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar estos la persona misma del Rey; se concede no obstante, un recurso ante los mismos que se llama *sùplica.* En estos casos la primera sentencia dada por las reales Audiencias, se llama *vista*, y la segunda, *revista.* (4)

No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes tampoco ha lugar la apelacion. (5) Pero si dos sentencias de jueces inferiores se revocan en la Audiencia, ha lugar la suplicacion; aunque no lo tendrá de la sentencia confirmatoria ó revocatoria que sobre ello se diere en revista. (6)

Tampoco se admite suplicacion de la sentencia de revista

(1) Ll. 23 y 35. tít. 4. Part. 3.

(2) Ll. 2. y 10. tít. 18. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 3. y 18. tít. 20. lib. 11. Nov. Rec.

(3) L. 4. tít. 9. lib. 4. Rec. de Cast. L. 6. tít. 10. lib. 11. N. R.

(4) Ll. 17. tít. 23. Part. 3. y 2. tít. 19. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít 21. lib. 11. Nov. Rec.

(5) Ll. 5. tít. 17. y 2. tít. 19. lib. 4. Rec. de Cas. L. 2. tít. 21. lib. 11. Nov. Rec.

(6) L. 2. tít. 19. lib. 4. Rec. L. 2. tít. 21. lib. 11. Nov. Rec.

dada en las mismas Audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicacion. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ó no el juez eclesiástico, ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces árbitros; pero sí de la revocatoria. (1)

Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificacion de la sentencia. (2) Admitida la súplica en la Audiencia se mandan entregar los autos al suplicante, y de su espresion de agravios se dá traslado á su contrario, y con la respuesta de éste se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia.

§. V.

De la segunda suplicacion.

Asi se llama una instancia que se interpone por la parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Consejos Reales ó Chancillerías para ante la real persona, ó mas propiamente para una sala del Consejo llamada *de mil y quinientas.*

Para que este recurso deba admitirse, se requieren cuatro condiciones: 1.ª Que la sentencia de que se interpone sea la de revista. 2.ª Que la causa sea árdua y difícil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza, en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios. 3.ª Que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva. 4.ª Que la causa se haya empezado en el Consejo ó Audiencias por nueva demanda, y no por via de restitucion, reclamacion, ni nulidad. (3)

Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este término no se concede restitucion. El que la interponga se ha de obligar con fianzas á pagar mil y quientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por teceras partes, al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista y á la parte que venciere. (4)

En la América hay diferentes disposiciones acerca de la segunda suplicacion. 1.ª De pleito cuyo valor sea de seis mil pesos se puede suplicar segunda vez de la sentencia pronun-

---

(1) Ll. 4. tít. 5. y 2. y 9. tít. 19. y 4. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 2. y 7. tít. 21. y 4. tít. 17. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Ll. 1. y 4. tít. 19. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 1. y 3. tít. 21. lib. 11. Nov. Rec.

(3) Ll. 1. 7. y 9. tít. 20. lib. 4. Rec. de Cast. Ll. 1. 4. y 6. tít. 22. lib. 11. Nov. Rec.

(4) Dicha ley 1. tít. y Part.

ciada por la Audiencia. Esta, no obstante el recurso, debe ser ejecutada, dando la parte fianzas de que si fuere revocada restituirá todo lo que por ella le hubiere sido adjudicado; pero si la sentencia de revista fuere sobre posesion, no ha lugar la segunda suplicacion, y se debe ejecutar aunque no sea conforme á la de vista.

2.ª Si despues de sentenciado el pleito en revista fuere suplicado para ante el Rey, la Audiencia debe substanciar el artículo de grado, y oidas las partes sobre agravios, no debe pasar adelante ni determinar sobre si le hay ó nó, sino que debe remitir el proceso original con su relacion como estuviere, al Consejo de Indias, citadas las partes.

3.ª El tiempo señalado para que la parte se presente á S. M. es un año para los del distrito de las Audiencias de los Reyes, Quito, Nuevo-reino de Granada, Santo Domingo y Nueva-España: año y medio los de las Audiencias de Chile y Charcas; y los de Filipinas dos años, contados estos tiempos desde el dia que salga la armada de los respectivos puertos.

4.ª Siendo la parte pobre y precediendo informacion de tal con citacion de fiscal, puede suceder la caucion juratoria en lugar de fianza real y verdadera.

5.ª Los jueces que en el Consejo de Indias han de determinar los pleitos de segunda suplicacion no han de ser ménos de cinco; y si despues de nombrados faltare alguno por muerte ò ausencia, pueden determinar el pleito los cuatro que quedaren; pero si faltaren dos ó mas, se avise al Rey para que nombre hasta completar el número. Estos deben declarar si ha lugar ó no el recurso; y declarando haberle, conocerán de la causa principal, y de la sentencia que pronunciaren no hay suplicacion ni otro recurso.

6.ª Por costumbre no se llevan en Indias las doblas que dispone la ley de Segovia; pero los que interponen segunda suplicacion deben dar fianzas de que pagarán mil ducados de pena, si se confirmare la sentencia de revista por el Consejo de Indias, los que se aplicarán en la misma forma que las mil y quinientas doblas; y declarándose no haber lugar al recurso, pagará el suplicante cuatrocientos ducados, mitad para la cámará y la otra mitad para la parte contraria. (1)

§. VI.

Del recurso de injusticia notoria.

Se llama asi este recurso, porque el que usa de él se queja de haberle hecho injusticia notoria el tribunal de la real

(1) L. 1. 2. 3. 4. 5. 6. y sig. tít. 13. lib. 5. Rec. de Ind.

Audiencia, y pide al Consejo que la deshaga. Sobre cual sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre, hay una grande variedad entre los letrados, entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó injusticia sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos: v. g., por no ser la decision conforme á la demanda, ó á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho. Pero el señor conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Consejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviese una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por falta de poder, citacion, ni subversion del órden público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes. De donde se infiere, que para tener lugar este recurso, no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si estàn probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo esta razonable y y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entónces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Consejo.

El conocimiento de este recurso es privativo del Consejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Consejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de súplica, á no ser que la parte justifique en el Consejo haber pedido licencia para suplicar y habérsele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaría de penas de cámara, donde se dá certificacion que se presenta con el recurso, ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil y quinientas, y el pobre dá la misma caucion juratoria que en aquel.

La fórmula de este recurso es, presentar pedimento haciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con citacion de

las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria. (1)

§. VII.

De los recursos de fuerza.

Se llaman así, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiástico, recurre á los tribunales supremos como representantes del Rey, implorando su favor y defensa. (2) De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1.° es, *en el conocer y proceder*, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman *de legos:* este se espide á fin de que el juez eclesiástico no conozca ni proceda á la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

El 2.° es, *en el modo de conocer y proceder;* y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica, no observa en la sustanciacion el órden y método prescrito en el derecho.

El 3.° es, el que se llama *de no otorgar, ó no deferir á la apelacion.* Tiene lugar cuando el juez eclesiástico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible segun derecho. (3)

Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el juez eclesiástico esponiendo las razones por qué no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se abstenga de él y remita los autos al juez secular á quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Si no lo hiciere, se pide testimonio, y con él si lo concede, y sin él, pero con testimonio del pedimento si lo niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare en el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario, debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiástico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protes-

---

(1) Aut. Acord. 6. 7. 10. y sig. tít. 20. lib. 4. Rec. Ll. 1. 2. 3. y 4. tít. 23. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Ll. 2. tít. 6. lib. 1. y 36. tít. 5. lib. 2. Rec. de Cast. Ll. 1. y 2. tít. 2. lib. 2. Nov. Rec.

(3) Aut. Acord. 31. tít. 19. lib. 2. Rec. de Cast. L. 21. tít. 2. lib. 2. Nov. Rec.

tando el real auxilio de la fuerza; y si tampoco se admite, con testimonio de ello se usa del recurso. (1)

§. VIII.

Del juicio ejecutivo.

El juicio ejecutivo es, un juicio sumario introducido á beneficio de los acreedores para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

La ejecucion se hace en virtud de las cosas é instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la ejecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio y el juramento decisorio del pleito: cuarto, los conocimientos, vales y papeles, despues que el que los hizo los reconoció con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sesto, la liquidacion ó instrumento simple, líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: séptimo, los libros y cuentas estrajudiciales reconocidas por las partes en juicio ó por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra derecho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oido: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los pareceres conformes de los contadores.

En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada ejecucion, puede pedirla no solo el acreedor, sino tambien el que tenga interés; así pues, puede pretenderla el sócio, aunque no tenga poder de los consócios: el marido por la dote que se le prometió y no entregó, y por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger: el heredero del acreedor justificando serlo, contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella; y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constando de la deuda y su solucion.

La ejecucion se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, ó se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en las raices.

Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la ejecucion. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, si no es por dere-

(1) Teatro de la legisl. art. *Recurso* de fuerza.

chos reales ò por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio: las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, si no es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros de los abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cuotidiano &c. (1)

§. IX.

Orden y forma del juicio ejecutivo.

El acreedor que intenta ejecucion contra su deudor, debe presentar primeramente un escrito al juez, diciendo: que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvenciones que le ha hecho, se sirva mandar se libre mandamiento de ejecucion contra su persona y bienes, por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada ejecucion, manda librar el mandamiento, diciendo:—*Vistos: líbrese mandamiento de ejecucion.* [*] Este se entrega al acreedor y no al alguacil, pena de nulidad de ella. (2)

Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento ejecutivo, por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que ó pague la cantidad por qué se despachó, ó señale bienes en que se trabe la ejecucion. Esta, segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles: no habiéndolos, en raices; y á falta de todos, en las deudas, derechos y acciones del derecho. (3) Si este no puede ser habido, ó no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes, los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la ejecucion se deben inventariar y depositar los bienes embargados en poder de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada *de saneamiento.* Por ella ase-

---

(1) Ll. 7. tít. 2. lib. 1. y 25. 26. 27. y 28. tít. 21. lib. 4. y 6. tít. 17. lib. 5. de la Rec. de Cast. Ll. 3. tít. 5. lib. 1. y 6. 15. y 16. tít. 31. lib. 11. Nov. Rec., y 3. tít. 27. Part. 3. y Cur. filip. §. 16. núm. 8. y sig.

[*] Este es el rigor de derecho; pero en la práctica se observa, que el acreedor presenta primero un escrito pidiendo se mande á su deudor le pague dentro de tercero dia con apercibiento de ejecucion. El juez á este escrito provee.—*Pague dentro de tercero dia con apercibimiento de ejecucion.* Si no paga el deudor en este término ó se aviene con su acreedor, vuelve este á presentarse pidiendo se libre en efecto el mandamiento de ejecucion.

(2) L. 17. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 10. tít. 28. lib. 11. N. R.

(3) L. 9. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 6. tít. 28. lib. 11. Nov. R.

gura el fiador, que los bienes ejecutados son del deudor, y que si no lo fueren se obliga á satisfacer toda la deuda ó lo que falte con los suyos, hecha escusion en los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio ejecutivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el ejecutado, se le debe poner preso. (1.) [*]

Hecha la ejecucion y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes ejecutados á efecto de venderlos en pública subasta. El juez provee á su peticion mandando: que se den tres pregones de nueve á nueves dias cada uno, si los bienes son raíces; y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones. (2)

Dados estos, ó pasado el término de ellos, si el deudor los renunciò, se presenta el acreedor pidiendo que se cite al reo de remate, y el juez lo manda citar, hallándose en esta do. En esta citacion se le apercibe, que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha no comparece á mostrar paga, quita ó razon legítima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subasta y venta de los bienes ejecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exigirla.

Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la ejecucion, si tiene escepcion legítima que alegar. A este efecto presenta un escrito, diciendo: que por tal cantidad se despachó contra él ejecucion, se le embargaron bienes, y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y escepcionar contra dicha ejecucion, se opone á ella, y pide se le manden entregar los autos. El juez provee en estos tèrminos. *Hase à esta parte por opuesta á la ejecucion que refiere, y se encargan á entrámbas los diez dias de la ley.*

La oposicion que haga el ejecutado ó las escepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ó pacto de no pedir, falsedad, usura, temor ó fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir; (3) y sin embargo de cualesquiera otras

(1) L. 19. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 12. tít. 28. lib. 11. N. R.

[*] Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1º Los procuradores de los pueblos, que están en la corte. 2º Los nobles é hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delito ó cuasi delito. 3º Los doctores ó licenciados en facultades mayores. 4º Los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ó procedentes de delitos. 5.º Las mugeres. Ll. 10. y 11. tít. 7. lib. 6., 4. tít. 2. lib. 6., 8. y 9. tít. 7. lib. 1., 25. y 26. tít. 21. lib. 4., 8. tít. 1. lib. 5. y 2. cap. 4. tít. 17. lib. 6. de la Rec. de Cast. Ll. 5. tít. 8. lib. 3., 2. tít. 2., 14 y 15. tít. 18. lib. 6., 2. tít. 29. lib. 7., 3. tít. 5. lib. 10., y 8. tít. 31. lib. 11. Nov. Rec.

(2) Dicha ley 19.

(3) L. 1. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 3. tít. 28. lib. 11. N. R.

escepciones debe el juez llevar adelante la ejecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que si no la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate sin embargo de apelacion, que no debe admitirse sino en cuanto al efecto devolutivo. (1)

No oponièndose el deudor à la ejecucion dentro de los tres dias, ó si se opone no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos con citacion, y pasados tres dias da su sentencia, mandando continuar la ejecucion y hacer trance y remate de los bienes ejecutados y de su precio, entero pago al acreedor, dando este previamente la fianza de la ley de Toledo ó de Madrid, segun sea la deuda; y que, precedida tasacion de las costas se espida el correspondiente mandamiento de pago.

Dada la fianza y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admisibles las posturas, por llegar á las dos tercias partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se manda dar por el juez y efectuar el remate señalando dia y hora para él, con citacion del deudor.

Llegado el dia, y dado el cuarto pregon, adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ó si se halla no es idóneo, ó no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos si lo consiente el deudor, ó no lo contradice dentro de tercero dia de habérsele comunicado esta pretension, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor escede al crédito, debe restituir el esceso, y si no alcanza puede repetir contra los demas del deudor por el resíduo y costas. (2)

La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio, puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelacion si no es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo. (3) En estos tèrminos, se sigue en juicio ordinario el grado de apelacion y suplicacion hasta la sentencia de revista. Puede tambien cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecucion hasta la sentencia para ser pre-

---

(1) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 28. lib. 11. N. R.
(2) Ll. fin. tit. 27. Part. 3. y 44. tít. 13. Part. 5.
(3) L. 3. tít. 21. lib. 4. Rec. de Cast. L. 2. tít. 28. lib. 11. Nov. Rec.

ferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar la oposicion.

Siendo varios los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho á sus bienes, se llama *concurso.* Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciándose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la via ordinaria hasta que se pronuncia la sentencia que llaman *de graduacion, ó de preferidos,* porque en ella se señala el órden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho, dando cada uno la fianza llamada *depositaria: ò de acreedor de mejor derecho.* (1)

Esta sentencia es apelable y para poderse ejecutar, ó se ha de ejecutoriar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consintiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal.

APÉNDICE.—*Del juicio de tenuta.*

La posesion de los mayorazgos se transmite al inmediato sucesor, faltando el que la obtenía, solo por ministerio de la ley y sin necesidad de otro acto (2); pero sucediendo algunas veces que dos ó mas individuos se creen con derecho al goce de aquella posesion, se ha establecido el juicio de tenuta para determinar en su consecuencia quien deba ser el tenedor del mayorazgo.

Este juicio es plenario posesorio, y corresponde su conocimiento al Consejo, ante quien debe presentarse la demanda dentro de seis meses, contados desde el dia en que se dió la posesion del mayorazgo al que la pretendió por su vacante (3). Esta debe justificarse por el que la intente, solicitando simultáneamente la restitucion de frutos, en virtud de que la sucesion en el mayorazgo se considera de título universal (4). Tambien debe comprobarse por el demandante su filiacion, de modo que al esponer su derecho, califique la razon por que pretende la posesion, ya por ser pariente del fundador, ya por estar comprendido en los llamamientos que éste hubiese hecho; concluyendo en que se mande despachar Real Provision á la justicia del pueblo en que están las fincas, para que remita al Consejo los autos que á instancia de otros interesados se hubiesen actuado; ó en caso contrario, para que se fijen cedulones de nueve en nueve dias, convocándose á los que tengan derecho, con el fin de que ocurran á deducirlo.

---

(1) L. 11. tít. 16. lib. 5. Rec. de Cast.
(2) L. 45 de Toro.
(3) L. 2. tít. 24. lib. 11. Nov. Rec.
(4) Febrero, Reform. Prim. Part. Cap. 9. núm. 69.

Con el resultado de aquellas convocatorias, se decide dentro de cuarenta dias el artículo de administracion, en cuya dilacion se oye á los interesados que se hubiesen presentado, pues pasados los cuarenta dias, se mandan pasar los autos al Relator, quien forma el memorial ajustado, para que con él pase el Escribano de Cámara á dar cuenta en la Sala de Mil y quinientas, donde se determine el artículo de administracion, confiriéndose á alguno de los mismos que la han pretendido, ó poniéndose en secuestro. (1)

En este estado se recibe á prueba la demanda de tenuta por los ochenta dias de la ley, y dentro de ellos pueden las partes justificar cuanto á sus derechos convenga, ministrando despues sus respectivas alegaciones. Evacuado este trámite, pasan los autos al Relator para que forme el memorial ajustado, y concluido, se señala dia para verse el pleito por las tres salas de Justicia, cuyos ministros, en número de trece, si pudiesen, no bajando nunca de nueve, determinan la demanda de tenuta, (2) De la sentencia que se espida no se admite suplicacion, y por lo tanto se manda despachar ejecutoria, remitiéndose los autos á la Chancilleria ó Audiencia, á quien corresponde el conocimiento del juicio petitorio.

§ X.

Del juicio criminal.

Este juicio, segun hemos dicho ya, se dirige á que se imponga á los delincuentes la pena que conforme á derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos. 1.° Por acusacion. 2.° Por denuncia; y 3.° Por inquisicion ó de oficio del juez.

§ XI.

Juicio criminal por acusacion.

Se dá el nombre de querella ó acusacion al primer escrito de la causa, en que el querellante despues de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una informacion sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente, se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez si la causa no es grave, comete la informacion al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios

(1) Auto acordado del Consejo de 20 de julio de 1750.
(2) L. 21. tít. 7. lib. 4. Nov. Rec. Not. 3. tít. 24. lib. 11. Nov. Rec.

bastantes, libra mandamiento de prision y secuestro de bienes contra el reo.

Recibida la sumaria, se toma confesion al reo preguntándole aquello que consta de los autos, à lo ménos por semiplena prueba; y así de ella, como de los autos se da traslado al acusador, mandándole que dentro de tercero dia ponga acusacion formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo, se declarará por no parte. Si no lo verifica en el término señalado, acusándole la rebeldía el reo, se le manda notificar por segundo tèrmino, y por tercero que cumpla con lo mandado; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se da traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se da traslado al acusador: y al nuevo escrito de este, contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en esto y en lo demas los trámites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogándose los términos: se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos; y tachando los de la otra, se recibe la causa á prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos se sentencia, y sigue el grado de apelacion y suplicacion como en la via ordinaria.

Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder á la acusacion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbitrio una pena pecuniaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole término para que acuda á seguir su acusacion; y si no acudiere dentro de él, ni diese ninguna escusa justa, debe el juez absolver al acudo de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas, y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fué perjudicado en su honor, puede el acusador en el tèrmino de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedérsela *cuando entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la fizo por yerro.* (1)

De aquí se infiere, que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es cuando se ha puesto preso el acusado, y por causa de su prision ha padecido en su estimacion ó en sus bienes: el segundo es, cuando sabe el juez con certeza que fué maliciosa ó falsa la acusacion; y el tercero, cuando se acusa una traicion contra el Rey ó república, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey, ó el abandono de algun castillo ò fortaleza, cuya guarda hubiese sido enco-

(1) L. 19. tít. 1. Part. 7.

mendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á seguir y probar su acusacion; y si la desamparase ha de sufrir la pena que debía imponerse al acusado, acreditándose el crímen de que le acusaba. Se esceptúan, no obstante, aquellas personas que, segun las leyes, no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones. (1)

§. XII.

Juicio criminal de oficio, ya sea por denuncia ó por inquisicion.

De este modo se procede siempre que no se presenta ningun acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que sería tan dañosa á la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por sí mismos á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

Para que el juez proceda de oficio, es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó delacion. Esta es un aviso del delito, que se dá estrajudicialmente al juez para que ponga enmienda, ó imponga castigo. Puede hacerse por medio de alguna carta dirigida al juez, ó de palabra á éste ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, á fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es, que el denunciador por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez, para que éste siga de oficio la causa si le parece conveniente.

En toda causa criminal, lo primero que se ha de averiguar es, segun la espresion forense, *el cuerpo del delito;* pues no habiendo delito justificado, no puede haber delincuente, y ántes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido un hombre muerto. Luego, pues, que llega á noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabeza de proceso:* en él refiere, que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito, por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar, como corresponde, á los delicuentes, manda formar dicho auto; á cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren, se examinen los testigos que puedan ser sabidores del caso, para

(2) L. 20. y 21. tít. 1. Part. 7.

lo cual, y practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el juez. [*]

Inmediatamente que ha proveido el auto referido, debe el juez comenzar á formalizar las justificaciones del cuerpo del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crímen grave; á recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librará mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les mandarán embargar y secuestrar sus bienes no siendo indios, y se depositarán en persona abonada.

Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delincuentes, debe el juez proveer un auto en que declara por bastante la informacion recibida; por bien presos los reos, y sus bienes por bien secuestrados; mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones. (1)

La confesion del reo viene á ser la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole como se llama, de donde es natural y vecino, y que edad tiene. Si de aqui resultare ser menor de veinte y cinco años ó indio, se le debe nombrar curador *ad litem*. Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo. Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe, y se le hacen toda las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria. Concluida la confesion, debe el curador volver à entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificándose en lo dicho, la firman ámbos, ò el que supiere. [**]

Si hay fiscal, ó parte por la vindicta pública, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalice su acusacion, y pida lo que corresponde segun derecho. [***] De la acusacion, y de todo lo

---

[*] Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cometer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

(1) Véase el Auto acordado de esta Rl. Aud. de 6 de dic. de 1784.

[**] La confesion en realidad de verdad no concluye, sino que se suspende, dejándola abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente á recibir deposiciones de testigos: y asi lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

[***] No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio promotor fiscal á algun abogado ú otro

que pidan, se dá traslado al reo para que en el término que se le señale alegue lo que le convenga. De este alegato ó defensa, se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba, y de su peticion se dá traslado, con término, à lo mas tres dias, al procurador del reo. No contradiciéndose con fundamento la conclusion, manda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun estado, citando ántes à las partes.

Evacuado esto, provee el juez que se reciba la causa á prueba, por el término de nueve dias comunes, á todos los interesados, para que dentro de ellos pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion á la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de él se ratificarán los testigos del sumario: se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa; y se recibirán las pruebas.

Concluido el término de prueba, y á peticion del promotor fiscal ó del reo, ó si no de oficio, [*] el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se hace publicacion de probanzas, las cuales unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su órden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado, y pide se imponga al reo la pena que conforme á derecho le corresponde. De este alegato se dá traslado al defensor del reo, quien satisface con otro, de que se vuelve à dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva. [**] El juez ha por conclusa la cau-

---

sugeto capaz. A este se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalice la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de este el correspondiente poder, con apercibimiento, de que no haciéndolo, se sustanciará la causa en rebeldía y su omision le parará el mismo perjuicio que su espreso consentimiento.

[*] Cuando no hay promotor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

[**] Siempre que falta acusador ó parte ofendida, que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, é inste por el castigo y ejemplo; despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto en que le hace cargo de la culpa que resulta contra él

sa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes. [*]

Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomándose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos advierte que está plena y claramente probado el delito contra que se procede, da su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes: y de lo contrario le debe absolver, aunque tenga contra sì algunos indicios ó presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley, pruebas *ciertas é claras como la luz, de manera que non pueda sobre ellas venir duda ninguna.* (1)

En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito, sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea absuelto solamente de la instancia, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crímen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él.

Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil.

§. XIII.

Juicio criminal con el reo ausente.

Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes al reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como lo ha buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero, de que no se ha presentado en la cárcel, ni está preso: entónces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual es-

---

de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo y culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

[*] Los jueces no letrados, en este estado deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro á algun abogado, con cuyo parecer ó dictámen absuelvan, ó impongan al reo la pena que merezca.

(1) L. 26. tít. 1. Part. 7.

presa el delito y ordena al reo que comparezca á defenderse dentro de nueve dias, que le oirà y hará justicia; con apercibimiento, que de no hacerlo, procederá en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar público acostumbrado.

Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez con certificacion del alcaide, de que no se ha presentado el reo, ni està preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedis; y provee que se despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Si no parece al plazo, se le vuelve á acusar rebeldía, pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedis: el juez le condena en ella, ò en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado àntes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que se publicará y fijará como los anteriores. Si no comparece, el acusador ò fiscal le acusa rebeldía, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo que corresponda en justicia; y el juez con la tercera certificacion del carcelero, manda que se dé al acusador el traslado que pide, y que formalice su acusacion.

Presenta esta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero dia, y que se le notifique así en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa á prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados, por el reo ausente. Se reciben las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los tràmites ordinarios de derecho hasta que se da sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del desprèz y costas, y será oido: si pareciere al tercer plazo, á mas de esto, pagará la pena del homecillo, y tambien será oido; y lo mismo será presentándose, ó siendo preso ántes de la sentencia definitiva, ó despues de ella, dentro de un año.

Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que

se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide, que no se ha presentado en la cárcel, ni està preso; se despachan los tres edictos como vá dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero, pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos, de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto á los estrados. Se hacen las prorogaciones necesarias de término probatorio, y pasado se sentencia la causa definitivamente.

FIN DEL SEGUNDO TOMO.

05744.2

B834
A473i
vol. 2